

ROSSO

ISTITUTO UNIVERSITARIO EUROPEO

M.B. BENEDETTI

V. I-II

DIPARTIMENTO GIURIDICO

MASSIMO V. BENEDETTI

IL GIUDIZIO COMUNITARIO D'EGUAGLIANZA

Tesi per il Dottorato di Ricerca

[Vol I + II]

San Domenico di Fiesole, 1987

LAW  
ECcge9  
BEN

European University Institute



3 0001 0032 8182 3





PP  
ROSSO

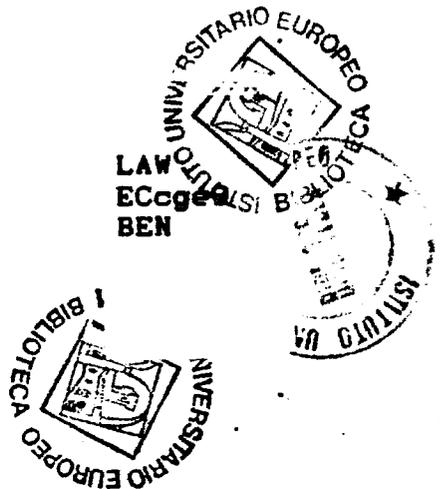
## I N D I C E

### INTRODUZIONE.

1. Il problema.
- 2.. Piano del lavoro.
3. Metodo e campo d'indagine.

### IL "GIUDIZIO DI EGUAGLIANZA".

1. L' "equaqlianza di fronte alla legge" come principio fondamentale degli ordinamenti giuridici moderni.
  - 1.1. la natura "relazionale" del principio
  - 1.2. la funzione del riconoscimento normativo del principio



- 1.2.1. l'onere di giustificazione delle classificazioni normative
- 1.2.2. l'effetto di "non-ritorno"
- 1.2.3. obblighi "positivi"
- 1.2.4. gli effetti "simbolici"
- 1.2.5. la garanzia dell'eguale efficacia della legge: critica
- 1.2.6. dell' "inutilità" del principio: critica
- 1.3. la nozione materiale di eguaglianza
  - 1.3.1. la discriminazione come "irrazionalità"
  - 1.3.2. la discriminazione come "irragionevolezza"
- 1.4. la formulazione del principio
- 2. La struttura del giudizio di eguaglianza.
  - 2.1. l'accertamento della discriminazione
    - 2.1.1. il fine
    - 2.1.2. la classificazione soggettiva
    - 2.1.3. il comando
  - 2.2. l'illiceità della discriminazione

2.3. l'organizzazione del processo

3. La "profondità" del giudizio.

3.1. il fondamento dell'astensione giudiziale

3.2. fattori di legittimazione dell' "attivismo" giudiziale

3.3. l'articolazione del controllo giudiziale

II. IL RICONOSCIMENTO NORMATIVO DEL PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA  
NELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO.

1. Le fonti.

1.1. trattati istitutivi

1.2. norme secondarie

1.3. principi generali del diritto

1.3.1. il principio "generale" di eguaglianza

1.3.2. le "tradizioni costituzionali comuni agli Stati  
membri"

1.3.3. il principio di proporzionalità

1.2.1. l'onere di giustificazione delle classificazioni  
normative

1.2.2. l'effetto di "non-ritorno"

1.2.3. obblighi "positivi"

1.2.4. gli effetti "simbolici"

1.2.5. la garanzia dell'eguale efficacia della legge:  
critica

1.2.6. dell' "inutilità" del principio: critica

1.3. la nozione materiale di eguaglianza

1.3.1. la discriminazione come "irrazionalità"

1.3.2. la discriminazione come "irragionevolezza"

1.4. la formulazione del principio

2. La struttura del giudizio di eguaglianza.

2.1. l'accertamento della discriminazione

2.1.1. il fine

2.1.2. la classificazione soggettiva

2.1.3. il comando

2.2. l'illiceità della discriminazione

2.3. l'organizzazione del processo

3. La "profondità" del giudizio.

3.1. il fondamento dell'astensione giudiziale

3.2. fattori di legittimazione dell' "attivismo" giudiziale

3.3. l'articolazione del controllo giudiziale

II. IL RICONOSCIMENTO NORMATIVO DEL PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA  
NELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO.

1. Le fonti.

1.1. trattati istitutivi

1.2. norme secondarie

1.3. principi generali del diritto

1.3.1. il principio "generale" di eguaglianza

1.3.2. le "tradizioni costituzionali comuni agli Stati  
membri"

1.3.3. il principio di proporzionalità

2. Gli effetti.

III. IL GIUDIZIO COMUNITARIO DI EGUAGLIANZA: IL MODELLO INTERPRETATIVO.

1. Il punto di partenza: la nozione "aristotelica" del principio di equaglianza.
2. Incertezze e lacune del procedimento argomentativo.
3. Ambiguità semantiche.
4. Necessità e contenuti di un modello interpretativo più sofisticato.

IV. LA COMPETENZA.

1. La statica delle competenze.
  - 1.1. ratione materiae
  - 1.2. ratione subiecti
  - 1.3. ratione loci

2. La dinamica delle competenze.

3. Competenza e discriminazioni.

V. LA NOZIONE MATERIALE DI EGUAGLIANZA.

1. Le fattispecie tipiche.

1.1. la nazionalità

1.1.1. identità o eguaglianza di trattamento.

1.1.2. obbligo o facoltà del trattamento nazionale.

1.2. discriminazioni fra operatori economici nel mercato  
comune

1.3. discriminazioni per frazionamento normativo

1.4. discriminazioni fra Stati membri: equilibrio  
sinallagmatico e dovere di solidarietà

1.5. disparità di trattamento a danno di Stati terzi e di  
situazioni o rapporti ad essi collegati: la "preferenza  
comunitaria".

2. I valori di giustizia distributiva.

2.1. efficienza

2.2. equità redistributiva

2.3. pari dignità degli Stati membri

2.4. solidarietà fra gli Stati membri

2.5. identità nazionali

2.6. pari dignità umana

2.7. razionalità

3. Le deroghe.

3.1. gli interessi tutelati

3.1.1. interessi comunitari

3.1.1.1. l'efficienza amministrativa

3.1.1.2. l'indirizzo politico

3.1.1.3. la progressività dell'integrazione

3.1.1.4. il governo della congiuntura  
economica

3.1.2. interessi degli Stati membri

3.1.2.1. interessi macroeconomici

3.1.2.2. esigenze imperative nel governo della  
comunità nazionale

3.2. il regime giuridico

VI. LA STRUTTURA DEL GIUDIZIO.

1. Il modello analitico.

1.1. il fine

1.2. la classificazione soggettiva

1.3. il comando

2. L'organizzazione del processo.

VII. LA PROFONDITA' DEL GIUDIZIO.

1. Il fondamento dell'astensione giudiziale.

1.1. discrezionalità politica e discrezionalità amministrativa delle istituzioni comunitarie

1.2. sovranità degli Stati membri

1.3. autonomia negoziale e libertà dei privati

1.4.. economia dei giudizi

2. Fattori di legittimazione dell' "attivismo" giudiziale.

2.1. diritti fondamentali e "nucleo forte" della nozione materiale di eguaglianza

2.2. deroghe al principio di eguaglianza

2.3. norme secondarie attuative del principio di eguaglianza

2.4. grado di "maturità" del processo integrativo

3. L'articolazione del giudizio.

CONCLUSIONI.

## INTRODUZIONE

### 1. Il problema

Oggetto di questo studio è il principio di eguaglianza in quanto parametro per il controllo giudiziale della legittimità di atti e comportamenti normativi nell'ordinamento giuridico delle Comunità Europee (1): ovvero, per dirla sinteticamente, il "giudizio comunitario di eguaglianza" (2).

L'interesse per il tema nasce da due constatazioni (in punto di fatto) e da una ipotesi (di politica del diritto).

Un'indagine anche superficiale dell'esperienza degli ordinamenti statali contemporanei rivela subito la centralità assunta nell'esperienza giuridica moderna dalla massima della "eguaglianza di fronte alla legge", soprattutto in quanto strumento di garanzia costituzionale: riconosciuta come clausola fondamentale in quasi tutte le costituzioni scritte oggi vigenti, essa risulta infatti nella prassi uno dei mezzi di ricorso più frequentemente invocati (3), nè è a caso che in tempi recentissimi, all'atto della redazione di nuovi documenti costituzionali (ad esempio, il Charter of Rights and Freedoms

canadese del 1982 (4)) si sia avvertita l'opportunità e la necessità di affermare appunto lunghi ed articolati cataloghi di "equality rights". Ciò si spiega facilmente: in generale, con l'importanza che il valore della eguaglianza ha assunto ed ha ancora nella storia della cultura occidentale, quale componente essenziale di vari sistemi etici e, soprattutto, quale presupposto necessario per la legittimazione delle teoriche contrattualistiche più o meno espressamente ispiratrici della ideologia del costituzionalismo moderno (5); in particolare, perchè quale norma superiore l'eguaglianza si traduce in un onere generalizzato di giustificazione per qualsiasi classificazione normativa e finisce cost' per svolgere una funzione "di chiusura" del controllo di legittimità costituzionale, consentendo un altrettanto generalizzato sindacato sulle scelte degli enti normatori, in primis del legislatore, rispetto alla allocazione di costi e benefici fra i consociati.

A questo dato ha fatto da ovvio riscontro il fiorire di un'ampia giurisprudenza e dottrina, i cui sforzi di sistemazione del fenomeno sono tuttavia spesso falliti, soprattutto per l'ambiguità e l'intrinseca difficoltà del concetto stesso di eguaglianza giuridica: sì che recenti teoriche sono giunte addirittura ad affermare che tale idea "should be banished from moral and legal discourse as an explanatory norm" (7).

Passaggio obbligato per qualsiasi indagine su forme e contenuti della giustizia costituzionale contemporanea, il

principio di eguaglianza risulta dunque al tempo stesso esserne, contraddittoriamente, uno dei profili più controversi: ciò che ne rende particolarmente stimolante lo studio e giustifica ulteriori tentativi per una sua soddisfacente ricostruzione dogmatica..

Tale problematica si pone in termini simili per l'ordinamento delle Comunità Europee: sistema giuridico autonomo e indipendente, secondo una ormai consolidata interpretazione della Corte di giustizia per lo più accettata dagli Stati membri (8), esso riconosce infatti varie fonti normative ordinarie, una higher law (i trattati istitutivi e alcuni principi generali di diritto non scritto) che queste devono comunque rispettare ed alla cui tutela è finalizzato il controllo giudiziale di legittimità, e, attraverso tale higher law, finalità di giustizia distributiva che consentono una valutazione sulla discriminatorietà o meno di classificazioni normative comunitariamente rilevanti.

In realtà, a differenza di quanto accade negli ordinamenti statali e probabile conseguenza del carattere settoriale e parziale del processo integrativo avviato nelle Comunità, nei trattati non si rinviene un enunciato generale ed astratto di eguaglianza di fronte alla legge (9) ma soltanto specifici divieti di discriminazione in relazione a particolari criteri (per lo più l'"origine nazionale" o la "posizione di mercato"). Il che, tuttavia, giustifica ancor di più il

tentativo di ricostruire il "giudizio comunitario di eguaglianza": giacché alle consuete difficoltà cui il riconoscimento normativo del principio da origine viene così ad aggiungersi la necessità di superare la frammentarietà del diritto positivo e di enucleare il modello di giustizia distributiva ad esso sotteso.

La dottrina, che pure è talora giunta a ritenere l'eliminazione delle discriminazioni, in particolare in base alla nazionalità, quasi come l'essenza stessa del progetto comunitario (10), non ci sembra si sia sinora sufficientemente impegnata in questa direzione (11). Le poche monografie esistenti sul tema risultano spesso datate, soprattutto rispetto a recenti ed importanti sviluppi (in materia di "discriminazioni a rovescio", di protezione dei diritti fondamentali, di "funzionalizzazione" agli obiettivi comunitari dei poteri statali di dominio riservato, di disparità di trattamento per "frazionamento normativo", e così via) (12), oppure hanno per oggetto soltanto profili specifici dell'eguaglianza comunitaria, (13) e comunque, ciò che più preme sottolineare, non appaiono fondate su quella preliminare, coerente ed organica definizione del significato dell'affermazione dell'eguaglianza come principio superiore di un ordinamento giuridico che è invece a nostro avviso indispensabile per una corretta impostazione del problema.

A rendere il tema particolarmente interessante concorre peraltro un'ipotesi che ci sembra di poter avanzare.

E' cosa evidente che fra i vari ostacoli che si oppongono allo sviluppo del processo integrativo comunitario e che ne causano la "stagnazione" vi sia, in un certo senso ragione prima degli altri, una sorta di diffusa "indifferenza" fra i popoli europei rispetto alle tematiche dell'integrazione: è un luogo comune, ma non per questo men vero, che le istituzioni di Bruxelles, del Lussemburgo, di Strasburgo, siano quanto mai "lontane" dalla sensibilità e dagli interessi del cittadino europeo medio, e che l'europesismo sia patrimonio di sparute, e spesso differentemente motivate, élites; quando invece la storia insegna che non si danno trasformazioni istituzionali più o meno rivoluzionarie (e tali sarebbero quelle richieste per realizzare una "ever closer Europe" (14)) che non siano il prodotto di sommovimenti sociali e dell'aggregarsi di gruppi intorno ad idee-forza.

D'altro canto, è convinzione sempre più diffusa che la giustizia costituzionale (nel senso lato di controllo giudiziale della conformità dell'attività politica "ordinaria" ad un sistema di "regole del gioco" primarie inderogabili) vada emergendo come un valore in sé, necessario per ogni forma di governo democratica (15): in particolare, è stato efficacemente detto (16), perchè "la frantumazione e disomogeneità che caratterizza gli attuali sistemi sociali" rende una domanda politica sempre più ingente e

varia "difficilmente canalizzabile attraverso le tradizionali istituzioni rappresentative" e fa perciò del "dialogo" diretto dei privati con il potere giudiziario, chiamato a derivare autonomamente dal testo costituzionale situazioni di vantaggio e a soddisfare in tal modo nuovi bisogni e aspettative emergenti, uno strumento alternativo per la legittimazione del sistema politico (17); ciò che spiega, e giustifica, la tendenza espansiva della giustizia costituzionale (18) esprimendosi non a caso anche attraverso il "sindacato sull'eccesso di potere legislativo" svolto in applicazione del principio di eguaglianza (19).

Appunto coniugando questi due dati si definisce l'ipotesi (lato sensu, di politica del diritto) che ci sembra dia ulteriore senso alla indagine che ci apprestiamo a compiere. A noi pare infatti che alla origine della ricordata "apatia" per il fenomeno comunitario sia (anche, per lo meno) una non piena consapevolezza delle possibilità e opportunità che il sistema posto in essere dai trattati offre, quale "foro" alternativo a quelli nazionali, per rivendicare e ottenere benefici, in generale e in particolare nell'indicata prospettiva di judicialization, soprattutto dopo che l'affermarsi delle già accennate dottrine della "primauté" e dell'"effetto diretto" consente che norme di diritto comunitario prevalgano in caso di conflitto sulle norme di diritto interno degli Stati membri e siano azionate dai privati innanzi ai giudici nazionali.

Ricostruire una figura unitaria e organica di "giudizio comunitario di uguaglianza" significherà dunque anche chiarire le utilità che i privati possono derivare dalla vigenza nello "spazio giuridico comunitario" del principio fondamentale dell'uguaglianza di fronte alla legge, e così (si parva licet) contribuire, nella particolare prospettiva appena indicata, ad un loro maggiore coinvolgimento nel processo integrativo europeo.

## 2. Piano del lavoro

Le osservazioni sin qui svolte già definiscono le diverse fasi della nostra indagine.

Punto di partenza necessario, come si osservava, non può che essere l'individuazione, sia pure sommaria, delle caratteristiche funzionali e strutturali del "giudizio di eguaglianza" quali esse risultano da un'analisi del concetto stesso di "eguaglianza di fronte alla legge" e della ricca esperienza in materia degli ordinamenti costituzionali statali contemporanei: a tal fine si prenderanno in particolare considerazione gli sviluppi dottrinali e giurisprudenziali in Italia, nella Repubblica Federale Tedesca e, soprattutto, negli Stati Uniti d'America ove il dibattito su forme, contenuto e limiti della "Equal Protection of the Laws" in applicazione del XIV Emendamento alla Costituzione federale ha raggiunto livelli notevolissimi di approfondimento (20) (Cap. I). In secondo luogo,

anche qui in via preliminare, verranno individuate le fonti normative, di diritto scritto e non scritto, attraverso le quali nell'ordinamento giuridico delle Comunità Europee si realizza il riconoscimento del principio di eguaglianza, e gli effetti che da tale riconoscimento sono o possono essere derivati in sede di controllo giudiziale della legittimità degli atti o comportamenti normativi (Cap. II). Acquisiti in tal modo le coordinate teoriche ed il materiale normativo positivo rilevanti in vista della ricostruzione del giudizio comunitario di eguaglianza, si potranno facilmente cogliere i limiti e le contraddizioni dell'approccio tradizionale al tema, e precisare gli elementi costitutivi del più sofisticato modello interpretativo qui proposto. (Cap. III). Si definiranno in tal modo gli stadi successivi dell'indagine, la quale, in coerenza con tale modello, dovrà prendere in esame: la competenza del giudice comunitario a conoscere della discriminatorietà o meno della fattispecie normativa impugnata, presupposto necessario, data la limitata gamma di "competenze d'attribuzione" di cui godono le Comunità, per qualsiasi ulteriore valutazione giudiziale (Cap. IV); la nozione materiale di eguaglianza, e cioè l'insieme di interessi e valori sostanziali protetti dall'ordinamento attraverso i quali l'imperativo astratto del trattamento eguale dell'eguale, diverso del diverso, si concretizza consentendo l'accertamento della discriminatorietà e della illegittimità delle classificazioni normative (Cap. V); la struttura del giudizio di eguaglianza, e

cioè le forme logico-argomentative e gli elementi di organizzazione processuale ad esso peculiari (Cap. VI); la profondità del giudizio di eguaglianza, vale a dire i vari fattori che militano nel senso di atteggiamenti di "astensione" oppure, all'opposto, di "attivismo" dell'organo giudicante chiamato a garantire l'eguaglianza di fronte alla legge, e gli effetti che ne derivano sul funzionamento complessivo del relativo giudizio (Cap. VII).

### 3. Metodo e campo d'indagine

Lo studio del problema in relazione ai profili indicati è stato compiuto privilegiando alla riflessione astratta sui dati normativi l'analisi della giurisprudenza comunitaria, o meglio, fondando quella su questa: e ciò non solo per l'importanza che, in generale, le scelte degli organi giudicanti assumono ai fini di una individuazione realistica del "law in action", quanto anche e soprattutto per il ruolo protagonista notoriamente svolto dal giudice comunitario (in primis, dalla Corte di giustizia) nella costruzione, nel consolidamento e nello sviluppo del processo integrativo.

Questa impostazione metodologica costringe tuttavia ad una necessaria selezione del campo di indagine: come si è accennato, e come si comprenderà meglio nelle prossime pagine, per la sua funzione di fonte di un onere generalizzato di

giustificazione delle classificazioni normative, il principio di eguaglianza è potenzialmente invocabile in qualsiasi giudizio; ed i giudizi in cui sono entrate direttamente o indirettamente in rilievo classificazioni normative di diritto comunitario a trent'anni dall'inizio dell'integrazione superano ormai verosimilmente le decine di migliaia. Si tratta dunque di definire un campione di indagine limitato, secondo criteri che ne facciano salva la rappresentatività e consentano quindi dal suo studio la derivazione di considerazioni di carattere generale.

A tal fine sono stati seguiti due criteri. Il primo è stato quello di concentrarsi sulla sola giurisprudenza della Corte di giustizia, escludendo cioè la vastissima serie di sentenze pronunciate dai giudici degli Stati membri nell'esercizio di quei compiti di garanzia di una corretta interpretazione ed applicazione del diritto comunitario ad essi demandati dai trattati istitutivi delle Comunità. Una approssimazione, ci sembra, facilmente accettabile: in linea di principio, per la "primauté" del diritto comunitario e quindi la necessaria subordinazione del giudice nazionale alle deliberazioni della Corte di giustizia quale "suprema corte"; in linea di fatto, per l'assenza fra le magistrature degli Stati membri, per lo meno tendenzialmente, di atteggiamenti ostruzionistici nei confronti dell'integrazione e per la conseguente attribuzione alla giurisprudenza della Corte di un valore (sostanziale) di "precedente".

Secondo criterio è stato quello di concentrare l'indagine sulla giurisprudenza relativa ad alcuni settori di diritto materiale comunitario ritenuti, sotto vari profili, idonei a riflettere esaurientemente la problematica generale della "eguaglianza comunitaria" (salvo, è ovvio, il richiamo di sentenze pronunziate in altre materia, se di particolare rilievo (21)). La scelta è caduta sulle discipline che il diritto della Comunità Economica Europea dedica alla organizzazione dei mercati agricoli (artt. 38-47 (22)), in particolare in riferimento all'obbligo posto dall'articolo 40,3,2 di escludere dalle istituende organizzazioni comuni di mercato qualsiasi discriminazione fra produttori o consumatori), alla libera circolazione dei lavoratori subordinati (artt. 48-50 (23)), ed al divieto di restrizioni quantitative alle importazioni ed esportazioni e di misure aventi effetto equivalente in vista della libera circolazione delle merci (artt. 30-36 (24)). Questi tre settori di diritto comunitario infatti soddisfano a nostro avviso la richiamata esigenza di "rappresentatività", e per vari motivi. Innanzitutto perchè offrono uno "spaccato" (in generale, e dunque anche rispetto alla specifica problematica dell'eguaglianza) dei due strumenti fondamentali attraverso i quali la Comunità persegue i propri obiettivi di lungo periodo (25), e cioè sia, come è evidente, del "mercato comune" (vale a dire di quel sistema di integrazione economica previsto dal Trattato di Roma e caratterizzato appunto da una unione doganale,

dalla liberalizzazione dei movimenti dei fattori produttivi, dall'attuazione di politiche comuni in alcuni settori di importanza cruciale), sia anche del "ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri": strumento, quest'ultimo, previsto soprattutto per le materie rimaste di "dominio riservato", ma che acquista rilevanza anche rispetto a materie "integrate" come quelle in esame, giacchè per l'interconnessione fra le diverse fasi e i diversi settori del processo economico la regolazione delle une finisce necessariamente per influenzare quella delle altre (26). In secondo luogo, perchè consentono di cogliere le variazioni che il giudizio comunitario di eguaglianza subisce a seconda della natura della fonte delle scelte classificatorie sottoposte a valutazione, venendo in tali settori in rilievo atti o comportamenti sia delle istituzioni di Bruxelles (27), sia degli Stati membri (28), sia di privati (29), e cioè delle tre categorie di enti la cui attività di produzione normativa acquista tipicamente rilevanza nell'ordinamento delle Comunità. In terzo luogo, perchè in essi, più che altrove, emerge la possibile tensione della nozione materiale d'eguaglianza comunitariamente protetta fra obiettivi di mera razionalizzazione dei rapporti economici ed altri, più basilari, valori di giustizia distributiva (30).

Naturalmente, ed in fine, va rilevato che in uno studio centrato sull'analisi giurisprudenziale acquista preminente

rilievo il solo diritto vigente: iniziative riformatrici de jure condendo (quali ad esempio quelle sviluppatesi in materia di protezione di migranti non comunitari, di "cittadinanza comunitaria", e così via (31)) non verranno perciò in linea di principio prese in considerazione, salvo ad essere incidentalmente richiamate nella misura in cui risultino utili alla comprensione dell'attuale modo di essere e dei limiti del giudizio comunitario di eguaglianza.

.

-



I. IL "GIUDIZIO DI EGUAGLIANZA".

1. L' "eguaglianza di fronte alla legge" come principio  
fondamentale degli ordinamenti giuridici moderni.

1.1. - la natura "relazionale" del principio

"Equality in morals means this: things that are alike should be treated alike, while things that are unlike should be treated unlike in proportion to their unalikehood" (1).

Il richiamo alla massima aristotelica dell'Etica Nicomachea costituisce un punto di partenza necessitato per qualsiasi indagine in merito al riconoscimento dell'eguaglianza come principio fondamentale degli ordinamenti giuridici moderni: e ciò sia per la "fortuna" che essa ha incontrato in dottrina (2) e giurisprudenza (3), sia anche e soprattutto per i falsi ragionamenti e le contraddizioni cui ha molto spesso condotto (4). All'origine di questa ambivalenza è il fatto che tale formula, mentre coglie esattamente la "logica" del ricorso al principio di eguaglianza per la valutazione della giustizia di trattamenti normativi, d'altro canto ne sottace un elemento

essenziale, rischiando per tale incompletezza di confondere le idee e di cadere sotto l'accusa di ambiguità o tautologismo (5).

Chiariamo. L'eguaglianza in senso assoluto, vale a dire la perfetta coincidenza di tutti gli attributi di due fattispecie, e dunque la loro identità (6), è predicato utilizzabile soltanto nell'ambito di sistemi simbolici (7), ma semplicemente privo di senso se riferito a fenomeni interni a sistemi sociali, giacchè nella realtà umana, dati due o più enti, è sempre possibile individuare, sotto il profilo obbiettivo o spaziale o temporale, elementi che questi hanno in comune così come, viceversa, elementi di differenziazione. Rispetto a fenomeni di tal genere l'eguaglianza non potrà essere intesa allora che in senso relativo, e cioè per indicare (non la identità, ma) la comparabilità (o, se si preferisce, la similarità, o l'analogia) delle fattispecie poste a confronto (8). Ma, ed ecco ciò che manca nella massima "aristotelica", in tanto si può dare fondamento razionale ad una valutazione comparativa in quanto si enunci il criterio in base al quale selezionare, nella congerie di elementi che accomunano o distinguono le fattispecie in esame, quelli rilevanti ai fini della valutazione medesima; e, nell'ipotesi de qua in cui la comparazione avviene per stabilire la giustizia o meno di un determinato trattamento normativo, tale criterio non potrà essere individuato che nei valori che si ritiene (rectius, che l'ordinamento positivo ritiene) debbano guidare l'allocazione di

vantaggi e svantaggi fra i consociati: e cioè, in quella che più in là definiremo la nozione materiale di eguaglianza.

Emerge in tal modo la natura intrinsecamente relazionale del principio di eguaglianza, per lo meno nella sua funzione di parametro per la valutazione di atti o comportamenti normativi: correttamente inteso, esso rinvia infatti ad un tertium comparationis che sarebbe vano cercare di derivare in via deduttiva dal principio stesso, e che invece costituisce un dato "esterno", identificabile nella concezione di etica distributiva adottata dall'ente che pone in essere il relativo giudizio; dato, questo, che ovviamente va poi esplicitato, se si vuole consentire il controllo (e la legittimazione) del procedimento argomentativo che da alcune premesse di fatto (eguaglianza o diversità di alcune fattispecie reali in relazione a particolari profili) giunge a conclusioni in termini di valore (giustizia o ingiustizia di un loro trattamento eguale o differenziato) (9).

Ciò non significa che il principio di eguaglianza sia in sé vuoto di contenuto e risolvibile in tali valutazioni etiche da esso necessariamente presupposte (10): come vedremo qui di seguito, dal suo riconoscimento in un ordinamento normativo sono infatti derivabili particolari effetti, di rilevanza tutt'altro che marginale.

1.2. la funzione del riconoscimento normativo del principio

L' "eguaglianza di fronte alla legge" è garantita come principio costituzionale nella maggior parte degli ordinamenti moderni. La funzione, in senso lato, di tale garanzia è quella, propria di qualsiasi norma di "legalità superiore", di limitare, e in tal modo legittimare, la discrezionalità dell'agire politico, specificando in tal modo il contenuto di una clausola inderogabile del contrat social; se ciò vale in generale, più in particolare appare possibile individuare degli effetti specifici che conseguono, o possono conseguire, all'affermazione normativa del principio di eguaglianza, e che ne spiegano e giustificano la funzionalità nell'ambito del sistema.

1.2.1. l'onere di giustificazione delle classificazioni normative.

Un primo, e necessario, effetto è rappresentato da quello che potrebbe definirsi l'"onere di giustificazione delle classificazioni normative". Sancire formalmente l'eguaglianza di fronte alla legge significa infatti porre in essere una presunzione (11) in base alla quale ogni disparità di trattamento fra i consociati va considerata discriminatoria, e quindi illegittima, sino a che non vengano fornite argomentazioni che ne giustifichino l'adozione, e cioè sino a che non se ne dimostri la coerenza con la nozione materiale di eguaglianza tutelata

dall'ordinamento (12); e poichè qualsiasi norma, per il fatto stesso di ricollegare determinate conseguenze a determinati comportamenti o caratteristiche di determinati soggetti o situazioni inevitabilmente classifica e perciò differenzia (13), tale "presunzione di eguaglianza" finirà con il consentire la valutazione, sotto il profilo indicato, di qualsiasi atto o comportamento normativo (14). E' evidente quanto profondamente il principio di eguaglianza venga in tal senso ad incidere sul funzionamento complessivo del sistema giuridico: in pratica, chiunque possa mostrare di essere stato svantaggiato rispetto ad altri da un dato trattamento normativo, differenziatore o parificatore che esso sia, godrà del potere di contestarne la legittimità, allegando di essere stato oggetto di una ingiusta discriminazione, e di far in tal modo ricadere sull'ente fonte della norma l'onere di offrire "ragioni" per la scelta classificatoria operata (15).

#### 1.2.2. l'effetto di "non-ritorno"

Un diverso (ed eventuale (16) ) effetto del riconoscimento normativo del principio di eguaglianza può essere costituito dalla irrevocabilità di una certa distribuzione di costi o benefici, originariamente non dovuta, posta in essere cioè nell'esercizio di poteri discrezionali, ma che risulti coerente con la nozione di eguaglianza protetta (17). Ciò potrà

avvenire qualora si mostri che la revoca è determinata da un intento, o ha un impatto, discriminatori (18), oppure, più in generale, qualora si ritenga che il contenuto della garanzia costituzionale dell'eguaglianza si estenda parallelamente ai risultati che attraverso l'attività politica ordinaria l'ordinamento consegue nella progressiva attuazione dei propri obbiettivi di giustizia distributiva.

1.2.3. obblighi "positivi".

Dal principio di eguaglianza possono (19) derivarsi anche obblighi "positivi", obblighi cioè a facere determinati, in particolare a facere normativi. Il comando indirizzato all'ente normatore, in questo caso, non è più quello per cui, se decide di intervenire dando origine ad una classificazione, allora questa deve risultare non discriminatoria, ma quello, senz'altro maggiormente limitativo della sua discrezionalità, per cui certi trattamenti normativi devono essere posti in essere al fine di una reale garanzia del principio: se nel primo caso l'attività normativa è sottoposta ad un onere, nel secondo essa viene vincolata da un obbligo in senso tecnico. L'ampio dibattito svoltosi nella letteratura giuridica statunitense in merito al problema delle "affirmative actions" (20) riflette chiaramente le difficoltà di dare legittimazione a simili operazioni ermeneutiche, e al tempo stesso la loro necessità, per lo meno

in riferimento a particolari ipotesi in cui interventi normativi di questo genere rappresentano l'unico mezzo per dare concretezza e realtà all'enunciato della eguaglianza di fronte alla legge.

#### 1.2.4. gli effetti "simbolici"

La ricorribilità al principio di eguaglianza per la rivendicazione di situazioni di vantaggio da parte dei consociati svolge anche, come acutamente rilevato da un Autore (21), una funzione "simbolica", giacchè spinge a ragionare in termini di relazioni fra classi o gruppi di individui e così funge da costante richiamo della appartenenza dei singoli ad una medesima comunità. Come si dirà fra breve, è questo uno degli elementi distintivi dello specifico procedimento discorsivo imposto dal principio, una caratteristica tipica della "retorica dell'eguaglianza", che ne conferma l'utilità e, talora, la preferibilità come strumento di garanzia costituzionale.

#### 1.2.5. la garanzia dell'eguale efficacia della legge: critica

Non ci sembra invece di poter condividere la tesi, espressa da una autorevole dottrina (22), per cui la funzione tipica del principio di eguaglianza consisterebbe nel divieto di

leggi (o, più in generale, di norme) ad efficacia parziale - vale a dire di atti normativi che limitano il proprio ambito soggettivo di applicabilità non indirizzandosi alla generalità dei consociati e credo così aree di privilegio o di esenzione dal diritto comune - mentre andrebbe considerato ultroneo rispetto alla tutela del principio quello che è l'effetto che normalmente se ne deriva, e cioè il controllo sulla giustificatezza delle classificazioni normative (23). A nostro avviso tale dottrina non fa infatti altro che riformulare in termini di eguaglianza un altrettanto fondamentale, ma logicamente e storicamente distinto, principio della tradizione giuridica occidentale, quello di legalità (24): principio, questo, tipicamente rivolto ai poteri pubblici cui spetta l'applicazione della legge, dunque l'esecutivo ed il giudiziario, e solo indirettamente azionabile nei confronti del legislativo, che può facilmente eludere il divieto di norme "personali" o "di categoria" dando forma generale ed astratta a varie discipline parziali (25). Naturalmente la violazione del principio di legalità potrà costituire un indizio nel senso dell'esistenza di un comportamento discriminatorio; ma non sarà necessariamente vero il contrario, e cioè che il rispetto del principio di legalità comporti di per sé il rispetto del principio di eguaglianza, poichè è senz'altro dato immaginare pratiche palesemente discriminatorie che si svolgano nel rispetto di comandi normativi egualmente efficaci (26). In realtà dietro a

dottrine di questo genere agisce più o meno espressamente il timore che, consentendo lo scrutinio sulle scelte di parificazione o differenziazione operate dal legislatore, si dia vita ad un pericoloso, e difficilmente legittimabile, gouvernement des juges (27); ma a tale timore, che dovrebbe peraltro valere per qualsiasi forma di controllo di legittimità costituzionale in base a disposizioni che lasciano margini di discrezionalità interpretativa, non ha senso reagire col negare il dato positivo rappresentato dalla vigenza di una norma superiore che impone l'eguaglianza di fronte alla legge, ma piuttosto, come appunto si sta qui facendo, cercando di definire un "modello" del giudizio in cui tale norma trova tutela che individui il procedimento argomentativo attraverso il quale si svolge la verifica della giustizia delle differenziazioni normative, e così consenta una verifica della correttezza delle scelte giudiziali in tal modo operate.

#### 1.2.6. dell' "inutilità" del principio: critica

Si è detto che per la sua natura tipicamente relazionale in tanto il principio di eguaglianza potrà risultare operativo, e svolgere le indicate funzioni, in quanto si disponga di un sistema esterno di valori in riferimento al quale orientare il relativo giudizio. Questa esatta constatazione ha condotto di

recente un Autore (28) a sostenere con decisione la assoluta inutilità, anzi la "dannosità", dell'affermazione del principio nell'ambito di un ordinamento positivo. Se, si argomenta, la massima per cui ciò che è eguale deve essere trattato egualmente e ciò che è diverso diversamente ha carattere "formale", rinviando inevitabilmente a "moral standards" indispensabili per concretizzarne il contenuto, allora, una volta che tali standards siano stati individuati e specificati, il ricorso al principio di eguaglianza diviene superfluo, risolvendosi nell'enunciato (tautologico) per cui a tutti i soggetti nei confronti dei quali una certa norma prescrive un certo trattamento tale trattamento deve essere effettivamente prestato; anzi, una volta accertato che "statements of equality logically entail (and necessarily collapse into) simpler statements of rights", si ritiene evidente che l'esprimere in termini di eguaglianza ciò che può essere espresso in termini di diritti "not only involves unnecessary work but also endangers profound conceptual confusion"; per cui, si conclude, l'eguaglianza è un'idea che "should be banished from moral and legal discourse as an explanatory norm" (29). Per la loro indubbia suggestività, e per l'ampio dibattito teorico cui hanno dato origine, queste tesi sollecitano una confutazione dettagliata (30).

Va preliminarmente notato come venga qui colto un aspetto senz'altro reale del giudizio di eguaglianza: può accadere (spesso accade) che un atto o comportamento

discriminatorio incida sul godimento di diritti soggettivi protetti a livello di legalità costituzionale, potendo perciò venire censurato non solo attraverso il ricorso al principio di eguaglianza ma anche (la dottrina in esame direbbe: "direttamente") richiamando le norme aventi per oggetto gli specifici diritti fondamentali così compromessi; in tal caso, almeno a prima vista, l'esito dello scrutinio non potrebbe che essere lo stesso. Questa constatazione, tuttavia, non basta a nostro avviso a sostenere l'inutilità tout court della garanzia costituzionale dell'eguaglianza, e questo per vari motivi, in parte già derivabili da quanto sin qui osservato in merito alle distinte funzioni del principio.

Innanzitutto, non tutte le situazioni di vantaggio o di svantaggio riconosciute nell'ordinamento possono trovare il loro fondamento in norme o principi costituzionali: i poteri pubblici godono senz'altro della facoltà di creare, nell'esercizio delle proprie funzioni di produzione normativa, stati giuridici, attivi o passivi, nè dovuti nè proibiti in punto di legalità costituzionale, e ciò sia in relazione a finalità "programmatiche" la cui attuazione sia demandata dalle stesse norme superiori alle scelte del legislatore ordinario o dell'esecutivo, sia nel perseguimento di qualsiasi altro obiettivo politico lecito, sia anche, in particolare, nella definizione di provvedimenti, vuoi derogatori, vuoi esecutivi, di diritti e libertà costituzionalmente protetti, consentiti dalla

stessa costituzione. Ebbene, proprio in riferimento a tali ipotesi il principio di eguaglianza svolge una funzione del tutto peculiare, e che non ci sembra ammetta equivalenti, giacchè consente di censurare anche norme di tal genere nella misura in cui esse si traducano in una distribuzione di costi e benefici ingiustamente "diseguale": i poteri pubblici vengono cioè condizionati nella stessa sfera del loro agere licere, potendo così essere chiamati a giustificare classificazioni poste in essere attraverso atti la cui emanazione rientra nella loro piena discrezionalità, e ciò appunto come conseguenza di quella particolare posizione giuridica che, codificando il principio di eguaglianza e così ponendo un generalizzato divieto di privilegi, l'ordinamento riconosce ai consociati (31). Naturalmente anche in questo caso sarà possibile ricorrere al "linguaggio dei diritti" e parlare di un "diritto a non essere oggetto di discriminazioni", nè è casuale che la dottrina in esame si trovi costretta a servirsi appunto di formulazioni del genere per dare spiegazione ad alcuni aspetti del giudizio costituzionale tradizionalmente ricondotti alla garanzia della eguaglianza di fronte alla legge (32); ma ciò significherebbe soltanto "giocare" con le parole e dare vita ad un circolo vizioso (33), questo sì tautologico, idoneo solo ad offuscare la portata del riconoscimento dell'eguaglianza quale principio di legalità superiore, in particolare quel già descritto onere generale di

giustificazione delle classificazioni normative che ne è il più immediato effetto.

D'altra parte ci si può chiedere se, anche nei casi in cui effettivamente si realizza l' "overlapping" che la dottrina qui criticata lamenta, e cioè allorchè un atto o comportamento normativo lesivo del principio di eguaglianza risulti essere al tempo stesso lesivo anche di un diritto costituzionale "sostanziale", il ricorso alla "retorica dell'eguaglianza" non presenti comunque particolari vantaggi, risultando una " 'form' of discourse . . .for stating moral and legal propositions" che, per quanto "with no substantive content of its own" (34), sia nondimeno idonea a condizionare, proprio per il suo "contenuto formale", lo svolgersi e gli esiti dell'argomentare etico e giuridico (35). In primo luogo, infatti, non può non darsi rilievo al fatto che nell'esperienza della cultura occidentale moderna l'eguaglianza sia storicamente emersa come un valore a se stante, autonomo e distinto rispetto a quelli tutelati attraverso il riconoscimento dei diritti di libertà o di altri diritti dell'uomo in genere, e che sia stata peraltro spesso avvertita, più di altri principi, come espressione di una verità etica quasi intuitiva (36). Ciò significa che col ricomprenderla espressamente fra le norme di legalità superiore dell'ordinamento si rafforza l'efficacia del procedimento di controllo (e legittimazione) degli atti e comportamenti normativi svolto dalla giustizia costituzionale, così contribuendo alla stabilità del

sistema; e significa anche che rivendicare un certo beneficio protestandosi vittima di una discriminazione può creare un "favor" che forse non si darebbe qualora lo stesso risultato venisse perseguito allegando la violazione di un altro diritto soggettivo costituzionalmente garantito (37), e questo appunto per i sentimenti e le reazioni emotive che inevitabilmente l'idea di eguaglianza sollecita (38).

In secondo luogo, la "retorica dell'eguaglianza" vincola ad una certa struttura logico-argomentativa (appunto, la "struttura del giudizio di eguaglianza" su cui ci si soffermerà in seguito), imponendo accertamenti e verifiche che non necessariamente una analisi in termini di "diritti" consentirebbe: si consideri ad esempio il rilievo che nel controllo sull'esistenza o meno di una discriminazione può essere dato al "fine" della norma valutata, tanto nel senso di scopo obbiettivo quanto in quello di intento soggettivo, oppure all'impatto di questa sul sociale, o ancora alla "razionalità" intrinseca del comando normativo (39).

Infine, una judicial review svolta utilizzando come parametro di controllo quello della eguaglianza di fronte alla legge si presenta come relativamente "flessibile", nel senso che in varie ipotesi consente di lasciare aperti margini di manovra all'iniziativa dell'ente normatore (ad esempio, quando la discriminazione risulti sanabile sia estendendo che riducendo l'ambito soggettivo di applicazione della norma, oppure

modificando in modi diversi il comando normativo): il che vuol dire più facile legittimabilità della judicial review medesima, aspetto come vedremo di particolare rilievo in quei casi in cui l'ordinamento stesso impone una limitata "profondità" dell'intervento giudiziale (40) (41).

### 1.3. La nozione materiale di eguaglianza.

Si è già posta in risalto la natura intrinsecamente relazionale del principio di eguaglianza, la conseguente necessità di un tertium comparationis che consenta di specificare fra i vari elementi comuni e diversi delle fattispecie poste a raffronto quelli rilevanti per l'accertamento della discriminatorietà o meno del loro trattamento normativo, la riconducibilità di tale dato "esterno" ai criteri che presiedono alla valutazione in termini di giustizia distributiva della allocazione di vantaggi e svantaggi nell'ambito dell'ordinamento. Per quanto opera certo non facile (42), la esplicitazione, e la eventuale sistemazione in un modello organico ed unitario, di tali criteri rappresenta un passaggio necessario per la ricostruzione del "giudizio di eguaglianza": proprio la mancata analisi di questo aspetto, e cioè del luogo teorico in cui la massima "neutra" del trattamento eguale dell'eguale e diseguale del diseguale si "salda" a principi etici sostanziali, ha infatti

condotto ad interpretazioni restrittive della funzione della garanzia dell'eguaglianza di fronte alla legge (43), o alla negazione tout court della sua utilità (44).

Convenzionalmente, definiamo l'insieme di tali criteri nozione materiale di eguaglianza: il termine è certo ambiguo, soprattutto per le diverse e varie accezioni con cui si è spesso parlato in dottrina di "eguaglianza materiale" (45), ma ha tuttavia il pregio di richiamare efficacemente la specifica concezione di giustizia distributiva cui l'ordinamento si ispira, appunto quella "materia" etica necessaria, come si diceva, perchè la "forma" eguaglianza abbia un senso quale parametro per il controllo della legittimità di atti o comportamenti normativi. Tale nozione materiale di eguaglianza varierà naturalmente al variare del sistema politico, del momento storico, dell'interpretazione data nella prassi alle clausole di legalità superiore, per lo più generiche, in cui essa trova formulazione. Per quello che è l'oggetto del nostro studio non avrebbe naturalmente senso cercare di dare una sia pur sommaria descrizione delle diverse concezioni di giustizia distributiva, di fatto emerse o teoricamente ipotizzabili, in riferimento alla esperienza degli ordinamenti occidentali contemporanei (46): in questa sede sarà sufficiente limitarsi ad enucleare da tale esperienza quelle linee di tendenza che, ad un certo livello di astrazione, possono ritenersi comuni e, come tali, di qualche rilievo per la successiva indagine sulla particolare nozione

materiale di eguaglianza protetta nell'ordinamento giuridico delle Comunità Europee.

1.3.1. la discriminazione come "irrazionalità"

Un primo, fondamentale criterio che assume frequentemente rilievo nella valutazione della discriminatorietà delle classificazioni normative è costituito dal valore della razionalità: il principio di eguaglianza come fonte di un generalizzato "divieto dell'arbitrario". Sul punto si verifica una evidente convergenza delle giurisprudenze nazionali (47) e di buona parte della dottrina (48), spiegabile con la natura apparentemente "neutrale" e poco penetrante della valutazione così posta in essere: in realtà, come si vedrà qui di seguito, "controllo di razionalità" può significare cose ben diverse, e comportare interventi tutt'altro che marginali dell'organo giudicante sulla discrezionalità dell'ente normatore.

In primo luogo, l'irrazionalità della classificazione normativa può risultare dal fatto che essa appare in contrasto con principi di logica formale (in particolare, con il principio di non-contraddizione): in questa ipotesi il controllo prescinde da qualsiasi valutazione sulle finalità perseguite dalla norma (ed in tal senso può considerarsi esente da giudizi di valore) e mira soltanto a censurare (inintenzionali) "scoordinamenti

normativi" (50), dovuti, com'è stato pure efficacemente detto, ad incongruenze interne alle disposizioni di una stessa disciplina, a scarsa conoscenza da parte dell'ente fonte del complessivo ordinamento in vigore (fenomeno, questo, quanto mai probabile in un'epoca di "legal pollution") (51), a modificazioni del senso delle norme per mutate condizioni storiche (52). Il giudizio di eguaglianza, sotto questo profilo, svolge dunque una funzione di mera "correzione" di aporie eventualmente presenti nel diritto positivo in vista della sua organizzazione a sistema, operando all'interno di questo, assumendo cioè come date e insindacabili le premesse, di valore e di fatto, delle norme sottoposte a scrutinio.

In secondo luogo, l'irrazionalità può essere derivata dalla falsità dei giudizi di fatto su cui è fondata la classificazione normativa: mediante il ricorso alle "nozioni di conoscenza comune" ed alle massime d'esperienza (53), alla "natura delle cose" (54), alla finzione del "reasonable man" (55), o anche a quelle disposizioni di legalità superiore che fanno proprie particolari interpretazioni del reale (56), la giurisprudenza ha spesso censurato come causa di discriminazioni norme che risultavano espressione di valutazioni non rispondenti al vero.

Infine, irrazionalità può intendersi come sinonimo di inefficienza, nella accezione che al termine dà la teoria economica (57): posto che qualsiasi norma distribuisce vantaggi

ed oneri fra i membri della collettività, sarà irrazionale, ed in tal senso discriminatorio, quel provvedimento che realizzi tale distribuzione sì da rendere ipotizzabile la propria sostituzione con un altro provvedimento equifunzionale che senza peggiorare la condizione di alcun soggetto o gruppo di soggetti consenta di migliorare quella di un altro soggetto o gruppo di soggetti. Anche sotto questo profilo il giudizio di eguaglianza appare poco "intrusivo" sulle scelte dell'ente fonte, giacchè assume come dati sia gli scopi perseguiti che le condizioni e caratteristiche dei soggetti interessati dal provvedimento. Ciò non ci sembra tuttavia giustifichi la riproposizione rispetto ad esso delle critiche di "mistificazione" spesso mosse al calcolo di efficienza economica in ragione del fatto che assume come variabile indipendente la allocazione iniziale delle risorse (58): il "controllo di razionalità" non esclude infatti (anzi, in talune ipotesi può presupporre) un "controllo di ragionevolezza" in applicazione dello stesso principio di eguaglianza, controllo che può imporre di "ponderare" il valore relativo dei benefici e dei sacrifici di cui sono destinatari i consociati, in tal modo modificando i termini dello stesso "calcolo economico".

1.3.2. la discriminazione come "irragionevolezza".

Una norma può dare vita ad una classificazione "razionale", sotto ciascuno dei profili indicati, e nondimeno risultare in conflitto con la nozione materiale di eguaglianza protetta: se l'arbitrario è sempre ingiusto, l'ingiusto può anche non essere arbitrario (59). Anche se i confini fra "controllo di razionalità" e "controllo di ragionevolezza" non saranno mai netti (60), è innegabile che negli ordinamenti contemporanei attraverso la garanzia dell'eguaglianza passi la sanzione non soltanto di classificazioni illogiche, false, "inefficienti", ma anche di quelle allocazioni di vantaggi e svantaggi fra i consociati che per quanto "razionali" risultano in conflitto con altri valori di giustizia distributiva parimenti protetti dall'ordinamento.

Ad un certo livello di astrazione, l'individuazione di questi valori conduce inevitabilmente ad un'analisi delle diverse teorie etiche che si confrontano nella cultura occidentale e che, con maggiore o minore plausibilità, possono ritenersi recepite in, o compatibili con, questo o quel sistema di legalità costituzionale: ed infatti, nel dibattito relativo al contenuto dei comandi derivabili dal principio di eguaglianza, si sono intrecciati richiami, ad esempio, alla morale neokantiana di Rawls (per cui distribuzioni diseguali delle risorse collettive andrebbero ammesse solo quando avvantaggino il soggetto peggio situato nella gerarchia sociale e siano commesse a posizioni aperte a tutti a condizioni di eguale opportunità) (61),

all'approccio utilitaristico classico benthamiano (per cui andrebbero legittimate quelle sole classificazioni normative che consentono di massimizzare l'utilità complessiva del sistema sociale) (62), a tesi di sapore comunistico sulla doverosità di interventi radicali di redistribuzione del reddito (per cui andrebbe compensata la condizione di inferiorità di qualsiasi gruppo sociale che risulti costituire una "perpetual underclass") (63), e così via. In questa sede non può chiaramente dirsi di più sul punto: semmai ha senso richiamare brevemente l'attenzione su alcuni profili, ricorrenti nel "controllo di ragionevolezza" delle classificazioni normative, ed emergenti dalla prassi come concretizzazioni di tali astratte teoriche.

In primo luogo, l'eguaglianza viene spesso interpretata come sinonimo di "giustizia procedurale": discriminatori vanno considerati tutti quegli atti o comportamenti che incidono negativamente sulla "eguale partecipazione" dei consociati al processo decisionale. Ciò implica il divieto di provvedimenti "restrittivi" del processo politico democratico, la protezione da forme di emarginazione delle c.d. "discrete and insular minorities" (vale a dire quei gruppi che per il loro scarso potere, o a causa di pregiudizi, vengono costantemente esclusi dalla contrattazione politica o comunque sistematicamente svantaggiati dalle scelte della maggioranza) (64), il riconoscimento ai portatori di interessi diffusi (o, com'è stato anche detto, di "interests without groups") degli strumenti

istituzionali necessari per dare a tali interessi una effettiva rappresentanza si da assicurare "a full opportunity to all citizens to participate in the life of the commonwealth" (65), la garanzia a ciascuno in egual misura di quei "just wants", di quel minimum di risorse ed opportunità (in primis culturali) indispensabili per una effettiva partecipazione alla vita politica della comunità (66). Criticabili quando avanzano pretese di avalutatività (67), dottrine di questo genere pongono comunque in luce un elemento senz'altro caratteristico della nozione materiale di eguaglianza comune alla tradizione costituzionale occidentale, anche se spesso implicito nelle norme di legalità superiore che definiscono l'organizzazione dei poteri pubblici.

Altrettanto comune può ritenersi il richiamo alla "pari dignità dei consociati": presupposto, come già si notava, per la legittimazione di qualsiasi ideologia "contrattualista", questo valore entra di frequente in rilievo anche nella definizione della nozione materiale di eguaglianza: ad esempio, allorchè si afferma che dal principio di eguaglianza deriva il divieto dello "stigma", e cioè di qualsiasi atto o comportamento che abbia l'intento, o produca l'effetto, di caratterizzare come "inferiori" certi individui o certe classi, subordinandoli o denigrandone le qualità (68); oppure quando le situazioni di vantaggio delle quali è costituzionalmente dovuta l'attribuzione ai membri della comunità vengono definite appunto in riferimento

a quanto è ritenuto necessario per la conduzione di una esistenza egualmente "dignitosa" (69).

Un altro profilo della nozione materiale di eguaglianza, non sempre colto con chiarezza a causa della già ricordata possibilità di "sovrapposizione" fra i vari parametri del controllo di legittimità costituzionale (70), è poi quello della eguaglianza nel godimento dei diritti e delle libertà fondamentali costituzionalmente garantiti. Un atto o comportamento che dia luogo a discriminazioni in questa materia potrà infatti risultare immediatamente lesivo di una di tali situazioni di vantaggio e quindi essere immediatamente censurato in base alla norma di legalità superiore che ne dà protezione; tuttavia si è visto come in altre ipotesi il principio di eguaglianza potrà acquistare un proprio autonomo rilievo, in particolare quando la disposizione normativa oggetto di valutazione distribuisca vantaggi e svantaggi di per sé leciti, ma in base ad un criterio di classificazione che produce l'effetto di penalizzare ingiustamente l'esercizio di un diritto fondamentale da parte di certi soggetti (71), oppure quando la reale fruizione di tali diritti e libertà da parte dell'intera comunità venga assunta come criterio in relazione al quale valutare la permissibilità, o la doverosità, di interventi di redistribuzione della ricchezza sociale (72). In questa prospettiva una posizione di rilievo va naturalmente attribuita ai diritti d'azione e di difesa, essendo evidente che il loro

eguale riconoscimento a tutti i consociati in forme che ne assicurino l'effettività sarà anche la preconditione essenziale per garantire un eguale godimento di tutti gli altri diritti e libertà fondamentali: ed infatti non è un caso che nel più importante ed organico studio sinora dedicato al tema (73) la ricerca degli strumenti di tutela giudiziale e stragiudiziale e degli interventi riformatori (74) necessari per garantire un generalizzato "access to justice" abbia trovato appunto nel valore costituzionale della "eguaglianza di fronte alla legge" la propria più essenziale fonte di ispirazione e motivazione (75).

Più discusso appare invece il riconoscimento della c.d. "eguaglianza compensativa", per cui il principio di eguaglianza consentirebbe (o imporrebbe) interventi normativi finalizzati ad avvantaggiare nel presente individui o gruppi che siano stati oggetto di discriminazione nel passato, per eliminare i perduranti effetti di tali discriminazioni o addirittura per scopi meramente "risarcitori": la ricordata querelle statunitense su fondamento e limiti delle "affirmative actions", così come di forme di "preferential treatment", indica infatti i complessi problemi di legittimazione che si incontrano quando si propongono obiettivi di giustizia distributiva di questo genere, soprattutto per l'ipotesi in cui essi dovrebbero essere derivati in via di interpretazione giudiziale dalla massima astratta della eguaglianza di fronte alla legge (76).

Il principio di eguaglianza, infine, può essere invocato per giustificare interventi di giustizia redistributiva, e cioè, per dirla col Mortati, "espropriazioni a fini perequativi del prodotto sociale" (77). I problemi, in questa ipotesi, non sorgeranno tanto rispetto all'an della redistribuzione, che può ritenersi caratteristica distintiva ed ineliminabile del moderno "Stato sociale", ma piuttosto rispetto al quantum, e cioè a quali benefici debbano essere garantiti ai soggetti meno favoriti nella gerarchia sociale e a chi debba sopportare i relativi costi (78); e la soluzione potrà essere cercata, in generale, nella concezione di "equità" prevalente nella comunità in un dato momento storico, oppure, in particolare, negli specifici profili di eguaglianza materiale precedentemente richiamati, utilizzati in questo contesto appunto come criteri del processo redistributivo.

#### 1.4. La formulazione del principio.

La forma mediante la quale l'ordinamento riconosce fra i propri principi fondamentali quello d'eguaglianza può variare: alla generica e sommaria enunciazione della "eguaglianza dei cittadini (o degli individui) di fronte alla legge" può accompagnarsi la specificazione del contenuto di questa attraverso l'individuazione di "fattispecie tipiche di

discriminatorietà", ipotesi di classificazioni ingiuste che, in quanto storicamente radicate oppure perchè altamente perniciose per gli obiettivi di giustizia distributiva perseguiti, l'ordinamento ritiene opportuno sanzionare espressamente (79).

La tendenza ad una formulazione "allargata" del principio appare comune agli ordinamenti costituzionali contemporanei: si pensi ai paralleli artt.3 della Costituzione italiana e della Grundgesetz tedesca, o anche alle lunghe "equal protection clauses" contenute in documenti recenti già menzionati, come il Bill of Rights canadese o la proposta di Costituzione per lo Stato che nella federazione statunitense dovrebbe sostituire il District of Columbia. Ciò risponde in realtà a precise esigenze di legittimazione del controllo di costituzionalità in applicazione del principio di eguaglianza. Per la più volte ricordata natura relazionale del principio, infatti, affermarne la vigenza all'interno della higher law dell'ordinamento senza indicare i valori sostanziali di giustizia distributiva cui esso necessariamente rinvia significherebbe lasciare l'organo giudicante tendenzialmente libero nel delicato compito di individuare tali valori, con il conseguente rischio di interpretazioni troppo "creative" o di vero e proprio "judicial law-making", e con la difficoltà di sottoporre a controllo le relative argomentazioni. Al contrario, una volta che è lo stesso diritto positivo ad indicare, sia pure con inevitabile approssimazione e soltanto per determinate ipotesi, quale sia la

nozione materiale di eguaglianza protetta, il giudice dell'eguaglianza viene ad essere "orientato" nelle sue decisioni in merito alla "razionalità" o "ragionevolezza" delle classificazioni normative, e risulta più facile la "formalizzazione" del principio in regole precise e definite, con evidenti vantaggi in termini di prevedibilità e certezza giuridica (80).

Queste specificazioni della nozione di eguaglianza si tradurranno per lo più nell'enucleazione di "classificazioni sospette" (81) - disparità di trattamento verosimile espressione di "pregiudizi" (82) o "stereotipi" (83), vale a dire, di indimostrate ed erronee assunzioni o di indebite generalizzazioni, in punto di fatto o di valore, rispetto ad attributi di categorie di soggetti - oppure di altre tipiche esclusioni ingiuste dal godimento di situazioni di vantaggio (ad esempio, in relazione a caratteristiche individuali immutabili o incontrollabili) (84): l'accertamento della presenza di una di tali classificazioni nella fattispecie normativa sottoposta a valutazione darà luogo ad una presunzione, di solito relativa, di discriminatorietà, che, come vedremo, potrà riflettersi in vario modo sulla distribuzione dell'onere della prova (85) e potrà influire sulla "profondità" dello scrutinio, giustificando modalità più penetranti di sindacato giudiziale.

2. La struttura del giudizio di eguaglianza.

Il giudizio di eguaglianza presenta una propria struttura tipica, vale a dire forme logico-argomentative ed elementi di organizzazione processuale ad esso specificamente peculiari. Tale struttura, qui descritta nei suoi tratti essenziali, deriva dalla natura del principio (in particolare, dalla sua relazionalità) e dalla funzione che esso svolge quale clausola fondamentale della legalità superiore dell'ordinamento, e può risultare influenzata dal contenuto della "nozione materiale di eguaglianza" protetta, così come dal livello di "profondità" dello scrutinio giudiziale.

2.1. l'accertamento della discriminazione

Oggetto principale del giudizio è l'accertamento della esistenza o meno in una data fattispecie normativa di una discriminazione, e cioè della inconciliabilità o meno delle differenziazioni o parificazioni ivi poste in essere con i valori di giustizia distributiva garantiti dall'ordinamento. Tale accertamento si svolge attraverso un test tripartito che valuta "razionalità" e "ragionevolezza" dell'atto o comportamento dando rilievo (e sotto profili diversi) al fine perseguito, alla classificazione soggettiva adottata, al concreto comando

normativo imposto, ed alla relazione intercorrente tra tali elementi.

Di ciascuno di tali "luoghi" analitici si illustrerà qui di seguito il significato.

#### 2.1.1. il fine

Il fine della disposizione normativa sottoposta a sindacato costituisce il primo dato su cui si incentra l'analisi del giudice dell'eguaglianza, e ciò sotto tre distinti punti di vista. In primo luogo, va verificata l'esistenza di un fine: per effetto della già ricordata "presunzione di eguaglianza" (86), secondo la quale deve ritenersi vietata (appunto perchè discriminatoria) qualsiasi diversità di trattamento fra i consociati che sia priva di motivazione, ogni norma, comportando necessariamente una certa allocazione di oneri e benefici fra diversi gruppi di soggetti, dovrà giustificarsi evidenziando le ragioni (almeno una ragione) di tale allocazione.

In secondo luogo, va verificata la legittimità del fine, ciò che può voler dire rispetto delle norme di legalità superiore in generale (o addirittura funzionalizzazione a queste dell'intervento normativo (87)), nel qual caso il giudizio di eguaglianza viene a coincidere, grosso modo (88), con il giudizio di costituzionalità in relazione ad altri parametri; oppure, più

in particolare, non discriminatorietà del fine, e cioè compatibilità di questo con la nozione materiale di eguaglianza tutelata dall'ordinamento.

In terzo luogo, appare necessaria l'esplicitazione del fine, soprattutto in considerazione del fatto che esso costituisce il principale termine di riferimento per il controllo di razionalità della classificazione soggettiva e del comando normativo (89).

In realtà il concetto di "fine della norma" è quanto mai ambiguo, come dimostra il frequente ricorso della dottrina e della giurisprudenza (90), con scarso rigore, a termini simili (intento, motivo, scopo) sia come sinonimi che per evocare sfumature, spesso sottili e non ben precisate, di significato. Un primo problema può sorgere in considerazione del fatto che un dato atto o comportamento normativo può perseguire simultaneamente una pluralità di fini distinti, e che alla incontestabile legittimità di alcuni di essi può contrapporsi la altrettanto palese discriminatorietà di altri. L'ordinamento può evidentemente reagire di fronte ad un fenomeno del genere in modi diversi: 1) può ritenere censurabili soltanto forme dirette di discriminazione, e cioè quelle ipotesi nelle quali il trattamento ingiustificatamente deteriore (o migliore) di certi soggetti costituisce "il" fine, immediato e consapevole, dell'intervento normativo; 2) può colpire anche quelle ipotesi in cui accanto al fine legittimo e dichiarato agiscano (sia pure inconsciamente

(91)) considerazioni di tipo discriminatorio (tanto nel senso di "odio" verso certi gruppi sociali, quanto anche nel senso di mera "indifferenza" per la loro sorte) che influenzino in modo determinante, e cioè come condizioni necessarie (92) il "se" od il "come" della scelta classificatoria (93); 3) può far dipendere la sanzione della norma dal "bilanciamento" dei fini legittimi e dei fini illegittimi, da una valutazione cioè di quella che è stata la loro importanza relativa nel determinare le decisioni dell'ente fonte; 4) può giungere a vietare ogni disposizione che appaia anche marginalmente condizionata da una qualsiasi motivazione discriminatoria (94).

Un secondo problema nasce dalle diverse accezioni nelle quali può intendersi il "fine" di una norma: in particolare, dalla alternativa che può stabilirsi fra intento soggettivo, vale a dire l'insieme di motivi vari e transeunti che hanno guidato l'individuo o gli individui fonti della norma all'atto della sua adozione, ed intento oggettivo, e cioè la volontà che si può attribuire ad ogni norma di conseguire quei risultati che un osservatore esterno, considerandola nel contesto giuridico e sociale in cui viene a essere inserita in un dato momento storico, può ragionevolmente presumere essa persegua (95). Naturalmente la prima ipotesi solleva, a differenza della seconda, notevoli difficoltà, soprattutto (96) per quanto riguarda l'accertamento dell'intento, e specialmente quando fonte della norma sia un ente collettivo (97): tali difficoltà possono

essere superate soltanto ricorrendo a prove indirette sulla esistenza di motivazioni discriminatorie (98), ad esempio dando rilievo alla "storia legislativa" della norma (lavori preparatori, eventi che portarono alla sua emanazione, procedure seguite a tal fine) (99), oppure all'effettivo impatto che essa ha sui consociati, oppure ancora utilizzando nozioni civilistiche o penalistiche (100) di responsabilità, in particolare quella di "colpa" che consentirebbe di attribuire all'autore della norma la volontà delle conseguenze normali e prevedibili di questa (101).

Un terzo ordine di problemi è riconducibile poi alla dicotomia intento - effetto: quando si valuta il fine della norma, si deve dare rilievo all'intento, soggettivo o oggettivo, di questa, e cioè agli scopi che, nelle intenzioni originarie di chi l'ha adottata o per il suo contenuto obbiettivo, essa persegue, oppure si devono considerare, anche o soltanto, gli effetti che essa concretamente produce sul sociale, in particolare sotto il profilo che qui interessa della distribuzione di oneri e benefici fra i membri della comunità? Sono configurabili anche qui diverse soluzioni. L'intento discriminatorio può risultare condizione sufficiente per sanzionare l'illegittimità della classificazione normativa qualora l'ordinamento ritenga necessario colpire la "mens rea" a scopo di prevenzione e inibizione, oppure qualora dall'esteriorizzazione dell'intento derivi una lesione "simbolica" del principio di eguaglianza tale da perpetuare o

rafforzare stereotipi o pregiudizi (102), oppure ancora quando esso consenta di fondare una presunzione relativamente all'esistenza di effetti discriminatori (presenti o futuri) altrimenti non accertabili (103) (104). D'altro canto, l'effetto costituirà l'unico dato di rilievo nel giudizio qualora la nozione materiale di eguaglianza sia definibile in termini di "outcome equality", imponga cioè l'attribuzione di una prestabilita gamma di situazioni di vantaggio e di svantaggio (105); l'effetto potrà poi valere (è il caso opposto a quello più su richiamato) come prova indiretta di un intento discriminatorio (106) (e ciò avverrà soprattutto quando la norma presenti un "impatto sproporzionato", e cioè finisca col danneggiare soltanto o prevalentemente certi soggetti o certi gruppi nonostante la sua "neutralità" sotto tale profilo, l'assenza cioè di espressi criteri classificatori in tal senso), Infine, l'ordinamento potrà dare rilievo ad entrambi gli elementi, condizionando l'accertamento della violazione del principio di eguaglianza alla prova sia di un intento che di un effetto discriminatori (107).

Com'è chiaro, ciascuna delle soluzioni sin qui delineate per i tre ordini di problemi è in linea di principio praticabile. Quale di esse venga poi adottata in un determinato ordinamento positivo dipenderà, come si diceva, tanto dalla specifica nozione materiale di eguaglianza da esso protetta quanto da considerazioni relative al giusto grado di "profondità"

del sindacato giudiziale e al particolare sistema probatorio che, come vedremo fra breve, questo comporta (108).

#### 2.1.1. la classificazione soggettiva

Il secondo elemento dell'analisi in punto di eguaglianza è rappresentato dalla classificazione soggettiva, intendendosi con tale termine l'insieme dei soggetti destinatari dei comandi contenuti nella norma sottoposta a scrutinio (o, eventualmente, anche di coloro che di questa subiscono comunque gli effetti (109)). Il controllo potrà farsi innanzitutto in punto di "ragionevolezza", nel senso che il ricorso ad un certo criterio classificatorio proverà o farà presumere la discriminatorietà del fine perseguito dalla norma, ed allora varranno le considerazioni svolte nel precedente paragrafo.

Più tipicamente, la valutazione avverrà in termini di "razionalità": dato il fine della disposizione, si tratterà di verificare che questa si indirizzi a tutti coloro e soltanto coloro che rispetto a questo si trovano in una condizione identica, e cioè ai soggetti le cui caratteristiche risultino razionalmente (vale a dire in base ai ricordati criteri di logicità, verità, efficienza) equivalenti per il conseguimento di quel fine (110). In questa ipotesi la discriminatorietà di un dato trattamento normativo risulterà dunque dalla non

coincidenza, per difetto o per eccesso (111), di due classi, quella (reale) di coloro ai quali la norma effettivamente estende il proprio ambito di applicazione, e quella (ideale), definibile in via deduttiva, dei soggetti ai quali la norma dovrebbe indirizzarsi per risultare coerente con le proprie stesse finalità; e a seconda della natura degli elementi la cui mancata o errata considerazione è all'origine di tale discrasia si potrà parlare (ma si tratta a nostro avviso di una tassonomia di scarsa rilevanza pratica) di discriminazioni materiali, o nello spazio, o nel tempo (112).

### 2.1.3. il comando :

Infine, quale terzo livello di analisi del giudizio di eguaglianza, viene in risalto il comando normativo, vale a dire la concreta misura attraverso la quale la norma disciplina una data categoria di soggetti nel perseguimento di un dato fine.

Anche in questo caso il controllo, svolgendosi sotto il profilo della "ragionevolezza" della scelta operata, potrà retroagire, per così dire, sul primo livello del giudizio, nel senso che dal ricorso ad una certa misura potrà dedursi l'esistenza di finalità discriminatorie, influenti, più o meno indirettamente, sulla decisioni dell'ente fonte (113).

La valutazione del comando normativo acquista invece un suo autonomo rilievo allorchè se ne verifica la "razionalità", ciò che avverrà sotto tre distinti profili dovendosi accertare che il comando risulti collegato agli altri elementi costitutivi della norma da nesi di causalità, nel senso che è obbiettivamente idoneo a svolgere la funzione che gli viene attribuita, di necessità, nel senso che non si danno misure alternative che, garantendo gli stessi benefici, producano "costi" inferiori, di proporzionalità, nel senso che i "costi" derivanti dalla scelta di quella particolare disposizione non risultino eccessivi, alla luce dei valori di giustizia distributiva tutelati, rispetto ai vantaggi che se ne ricavano. La discriminatorietà consisterà in questo caso nella ingiustificata attribuzione ai destinatari del comando di costi (o benefici) assolutamente o relativamente inutili, e quindi nella conseguente disparità di trattamento che verrà a stabilirsi fra costoro e la generalità dei consociati non colpiti dalla disposizione e perciò avvantaggiati (o svantaggiati) in modo indebito (114).

## 2.2. l'illiceità della discriminazione

Secondo quella che è l'accezione comune del termine, si è sin qui parlato di "discriminazione" per indicare qualsiasi

diversità di trattamento ingiustificata perchè in contrasto con il principio giuridico di eguaglianza: in linea generale, dunque, un atto o comportamento discriminatorio è per definizione illecito. L'accertamento della discriminatorietà può tuttavia non esaurire il giudizio, in quanto possono darsi casi in cui in via eccezionale l'ordinamento stesso ammette deroghe alla operatività del principio, configurando così ipotesi di "discriminazioni lecite". Questo concetto va tenuto ben distinto da quello di disparità di trattamento lecita perchè "razionale" e "ragionevole", coerente cioè con la concezione di giustizia distributiva tutelata, con il quale è invece sovente confuso (115) data l'identità di esito del giudizio (la liceità della norma). Non si tratta di un problema meramente nominalistico: alla diversa qualificazione corrisponderà infatti una diversa articolazione dello scrutinio sotto i due distinti profili della eccezionalità che dovrà necessariamente contraddistinguere il riconoscimento di deroghe ad una clausola della legalità superiore quale quella dell' "eguaglianza di fronte alla legge", e della "profondità" del controllo giudiziale, che a fronte di "discriminazioni lecite" potrà legittimamente farsi particolarmente penetrante nella verifica dei presupposti di diritto e di fatto che ne giustificano l'esistenza.

Le deroghe in discorso potranno aversi in vista della garanzia di altri interessi e valori fondamentali che, in generale o in particolari ipotesi, dovranno prevalere su quello,

altrettanto essenziale, alla eguaglianza di trattamento dei consociati, ponendosi dunque come "limite esterno" della nozione materiale di eguaglianza. Di deroga potrà poi parlarsi anche nel caso singolare in cui la discriminazione di una certa classe risulti l'effetto necessitato di un atto o comportamento normativo finalizzato alla garanzia dell'eguaglianza di un altro gruppo (ciò avverrà, ad esempio, quando nel perseguimento di "affirmative actions" per scopi di giustizia compensativa, si impongano su determinati soggetti oneri altrimenti ingiustificabili): qui la deroga esprimerà la soluzione che l'ordinamento dà, in base ad una data scala di priorità, ad un conflitto che si apre, per così dire, "all'interno" dello stesso valore dell'eguaglianza fra componenti inconciliabili di questo. Infine, potranno darsi situazioni in cui l'allocazione di oneri e benefici debba avvenire sulla base di criteri di "casualità" e sfugga quindi per definizione a qualsiasi controllo di razionalità o ragionevolezza: gli effetti discriminatori che ne deriveranno potranno anch'essi legittimarsi in via di deroga, sempre, naturalmente, che il ricorso al caso come criterio classificatorio sia di per sé legittimo (116).

### 2.3. L'organizzazione del processo.

Secondo una recente teorica (117) il processo, essendo "una sorta di contropartita" data ai privati "a seguito della imposizione del divieto di farsi ragione da sè" (118), per legittimarsi in relazione a tale funzione deve tradursi in mezzi di tutela giurisdizionale che, in coerenza con una nota massima del Chiovenda, diano "per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto, tutto quello e proprio quello ch'egli ha il diritto di conseguire" (119), e siano a tal fine "modellati" sugli specifici caratteri della situazione giuridica sostanziale di cui si vuole assicurare la protezione. Ulteriore conferma e giustificazione a questa esigenza viene peraltro dalla già ricordata dottrina sull' "access to justice" (120) e dal richiamo di questa alle discriminazioni che verosimilmente conseguono alla mancata predisposizione di "remedies", di mezzi di garanzia (giudiziale e non (121)) efficaci, a vantaggio di tutti i consociati e a difesa di qualsiasi diritto o interesse riconosciuto dall'ordinamento.

Naturalmente i problemi che sorgono in questa prospettiva in vista di una idonea organizzazione processuale del "giudizio di eguaglianza" saranno, in linea generale, gli stessi che si pongono ogni volta che oggetto dell'accertamento giudiziale sia la validità di atti o comportamenti normativi alla luce di principi e norme di higher law (122), e come tali vanno qui solo accennati, potendosi fare rinvio alla letteratura che se ne è occupata partitamente. Essi riguardano soprattutto: la

scelta dei componenti dell'organo giudicante secondo criteri che ne assicurino la "sensibilità politica" necessaria per svolgere la delicata funzione di interpretare le norme in cui si compendia il contrat social (123); data la natura "pubblicistica" (e la conseguente indisponibilità) degli interessi in gioco, l'organizzazione del procedimento in base ad un criterio di "ricerca ufficiale della verità" (124) attraverso l'attribuzione al giudice di ampi poteri direzionali (125) che gli consentano di intervenire autonomamente sui contenuti e sullo svolgimento del processo (126) senza essere rigidamente condizionato dalle scelte processuali delle parti (127), così come l'eliminazione delle "barriere economiche" che possono ostacolare o impedire l'esercizio del diritto d'azione, attraverso la previsione di "legal aid" per gli indigenti o addirittura di processi tout court gratuiti (128); in considerazione del carattere spesso infungibile dei beni garantiti attraverso il riconoscimento di situazioni di vantaggio "fondamentali" (129) e della conseguente irreparabilità del pregiudizio che consegue alla loro violazione, l'introduzione di meccanismi processuali che riducano al minimo i tempi di questa e, se possibile, la prevengano (130); per l'ipotesi in cui gli interessi riconosciuti nelle norme di legalità superiore risultino "diffusi" nella comunità o comunque troppo "frammentati" per trovare tutela nelle forme dell'azione giudiziale privata tradizionale (131), la creazione di nuovi strumenti istituzionali idonei ad assicurare una loro efficace

rappresentanza e difesa (132); l'attribuzione al giudice dei poteri necessari per reagire a comportamenti omissivi della pubblica amministrazione per il caso in cui la garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali si traduca per questa in veri e propri obblighi di facere o di dare (133).

In questa sede sembra semmai opportuno soffermarsi su un aspetto particolare, l'organizzazione del sistema probatorio, che pur influenzando notevolmente funzionamento ed esiti della garanzia giudiziale dell'eguaglianza, non ci sembra sia stato sinora studiato dalla prevalente dottrina con la dovuta attenzione (134).

Ciò vale innanzitutto per quanto riguarda la distribuzione dell'onere della prova. Secondo i principi, è pacifico che spetti all'attore allegare e provare i fatti che costituiscono fondamento della sua pretesa, e che ricada invece sulla parte resistente, che eccepisce l'inefficacia di tali fatti oppure l'avvenuta modificazione o estinzione dello stato giuridico invocato, allegare e provare quanto necessario a verificare tali affermazioni (135). Meno chiara e più problematica resta tuttavia l'applicazione in concreto di tale classico enunciato, soprattutto a causa della frequente difficoltà nel distinguere, come esso impone di fare, i fatti "costitutivi" da quelli "impeditivi", "modificativi" o "estintivi" della fattispecie in esame (136); ciò che produce conseguenze di rilievo giacchè, correlandosi al divieto di non liquet giudiziale, il ricorso ad

un dato modello di distribuzione dell'onere probatorio piuttosto che ad un altro ripartirà in modo diverso "le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla mancata prova" (137), divenendo quindi in situazioni di dubbio istruttorio (e cioè quando l'organo giudicante non sia in condizione di formarsi il proprio convincimento sulla base del materiale acquisito) fattore determinante per l'accoglimento o il rigetto della domanda (138). Ora, si consideri il caso dell'accertamento di una violazione del principio di eguaglianza. Seguendo la ricostruzione del relativo giudizio sin qui proposta, per giungere a tale risultato sarà necessaria la prova di diversi fatti: l'esistenza di una situazione di svantaggio relativo quale conseguenza di una determinata classificazione normativa; l'irrazionalità o irragionevolezza di questa alla luce della nozione di giustizia distributiva tutelata dall'ordinamento; in particolare (ed eventualmente (139)), la presenza di intenti, oltre che di effetti, discriminatori; l'assenza di cause legittime di deroga alla operatività del principio di eguaglianza. Ebbene, "quanto" dovranno provare, rispettivamente, chi agisce in giudizio dichiarandosi vittima di un atto o comportamento normativo discriminatorio, e chi invece resiste alla pretesa così avanzata difendendo la legittimità della norma, per stabilire la fondatezza prima facie delle proprie ragioni? Non crediamo che sia possibile una risposta univoca, individuabile soltanto in base a considerazioni di mera "tecnica" giuridica, ad esempio

attraverso una "analisi attenta della fattispecie legale stabilita dalla norma" che separi "il fatto specifico che vi è considerato come produttivo di un dato effetto giuridico, dai requisiti generici normalmente presenti, la cui inesistenza potrà caso per caso rappresentare altrettanti fatti impeditivi" (140). In realtà, pur in coerenza col fondamentale principio di diritto processuale su richiamato, saranno configurabili diverse ipotesi di ripartizione dell'onere probatorio; e la scelta (141) fra di esse non potrà non avere anche riflessi, in senso lato, "politici" giacchè, rendendo più o meno facilmente "giustiziabile" il principio di eguaglianza e le situazioni di vantaggio che da esso possono essere derivate, inciderà in vario modo sugli interessi, individuali e collettivi, che entrano in conflitto quando appunto viene protestata la discriminatorietà di un trattamento normativo. Di qui l'esigenza di esplicitare, e giustificare, criteri obbiettivi che presiedano a tale scelta, ed alla allocazione di "costi e benefici" che da essa, sia pure indirettamente, deriva. Tali criteri andranno individuati, a nostro avviso, in base a considerazioni di equità, come ad esempio il maggiore o minore grado di accessibilità a ciascuna delle parti di determinati mezzi istruttori (in tal senso la prova dell' "intento", di per sé difficile per l'attore, qualora richiesta andrebbe fatta ricadere sull'ente fonte della norma), oppure secondo la regola dell'id quod plerumque accidit (per cui da un certo "impatto" differenziato della norma o dal ricorso ad

una certa classificazione soggettiva andrebbe presunta, appunto seguendo gli insegnamenti dell'esperienza, l'esistenza di una pratica discriminatoria (142)), oppure ancora, più in generale, dando rilievo ai valori e interessi che, come si dirà fra breve, giustificano l'articolazione del giudizio secondo forme di sindacato più o meno "penetrante" (per cui, a fronte di una "classificazione sospetta" o di una disposizione incidente sul godimento di diritti fondamentali, l'onere della prova imposto all'attore potrà essere limitato all'accertamento della disparità di trattamento) (143).

Questo stesso approccio potrà poi valere anche rispetto ad un'altra variabile che pure può incidere sul sistema probatorio, vale a dire quella della "efficacia" o del "grado" della prova: appunto ricorrendo a criteri del genere più su indicato, l'ordinamento potrà stabilire in modo coerente in quali casi derogare al principio generale della libertà di valutazione e convincimento del giudice, disponendo in modo vincolante circa il valore di taluni mezzi di prova attraverso regole di "prova legale", o consentendo forme di prova "affievolita", col richiedere ad esempio l'accertamento (non della verità, ma) della mera verosimiglianza del fatto (144).

### 3. La "profondità" del giudizio.

Una compiuta ricostruzione del giudizio di eguaglianza non può prescindere dal considerare la misura in cui è da ritenersi (rectius: l'ordinamento ritiene) legittimo che la garanzia della non discriminatorietà di atti o comportamenti normativi si svolga proprio attraverso forme di controllo, appunto, giudiziale.

Tale questione non è sempre stata oggetto di autonoma analisi venendo confusa, in dottrina come in giurisprudenza (145), con quelle diverse, anche se connesse, relative alla "struttura" del giudizio ed alla "nozione materiale di eguaglianza": in realtà, per quanto la distinzione possa non risaltare a prima vista, una cosa è ritenere che una certa classificazione normativa sia lecita perchè coerente con i valori di giustizia distributiva tutelati oppure perchè ammessa come legittima deroga al principio, o ancora che la sua valutazione si attui tipicamente secondo determinati modelli logico-argomentativi e attraverso particolari strumenti procedurali; altra cosa è ritenere che a difesa di altri valori e interessi vada esclusa tout court la sottoponibilità a scrutinio giudiziale della classificazione stessa, o che comunque tale scrutinio vada articolato secondo modelli più o meno "intromissivi" nella discrezionalità dell'ente normatore.

Com'è chiaro, nei suoi termini generali questo tema si iscrive nella più ampia e complessa problematica sulla legittimità democratica della "judicial review of legislation"

(146), la cui diffusa trattazione va ovviamente al di là dei confini della nostra indagine. Basterà qui dire che riteniamo del tutto condivisibili le tesi di quella dottrina (147) che, rinunciando a trovare "purely speculative, abstract solutions valid for any place and time", ha tuttavia posto l'accento sulla possibilità che i criteri per la legittimazione dell'operato del giudice dell' "higher law" siano derivati da alcuni elementi strutturali all'esercizio della funzione giurisdizionale, i quali darebbero origine a specifiche forme di responsabilità e "accountability" di tale giudice di fronte alla comunità (in primis: l'obbligo di motivazione delle decisioni assunte, che consentirebbe un controllo sociale diffuso sulla correttezza del procedimento argomentativo seguito e/o sulla giustizia delle premesse di questo in punto di valore; la natura in senso lato "contenziosa" e perciò "partecipativa" del processo, che vincolando per lo più il giudice alla iniziativa di una o più parti (148), ne assicura il "contatto" con la realtà sociale ed i veri conflitti, aspirazioni, bisogni di questa). E si potrà rilevare come proprio in questa prospettiva trovi coerenza e giustificazione un atteggiamento che risulta comune ai "giudici dell'eguaglianza", vale a dire la tendenza ad articolare la "profondità" o "penetranza" del proprio intervento sulle scelte classificatorie di altri poteri, pubblici o privati, a seconda delle esigenze di "astensione" o "attivismo" giudiziale sollecitate dalla particolare fattispecie normativa sottoposta al

loro controllo: anche qui infatti una caratteristica tipica della judicial review, l'elasticità di cui inevitabilmente gode chi è chiamato ad interpretare per lo più clausole generali come appunto quella della eguaglianza di fronte alla legge, diviene strumento per una "politica del diritto giudiziale" avente fra gli obbiettivi perseguiti anche quello della legittimazione degli organi giudicanti.

Su questo atteggiamento, sulla "profondità" del giudizio di eguaglianza, la cui influenza sulla prassi e gli esiti del giudizio stesso è evidentemente notevole, ci si soffermerà più diffusamente qui di seguito.

### 3.1. Il fondamento dell'astensione giudiziale.

L'atteggiamento di astensione giudiziale nel controllo sulla razionalità e ragionevolezza delle classificazioni normative può trovare vario fondamento.

In primo luogo, a fronte di atti o comportamenti degli organi cui spetta l'esercizio della funzione di indirizzo politico, rilievo può essere dato alla maggiore legittimazione democratica di cui questi godono, in quanto enti direttamente o indirettamente "rappresentativi" e politicamente responsabili, rispetto al potere giudiziario, giungendo così a ritenere insindacabili (assolutamente o relativamente) le scelte da essi

operate (in particolare, la scelta di realizzare o meno una certa uniformità o disparità di trattamento normativo) (149).

Un secondo limite può derivare dalla "discrezionalità amministrativa" , vale a dire dal potere di scelta in ordine al se ed al come di una certa azione attraverso una autonoma valutazione degli interessi in rilievo (discrezionalità amministrativa in senso stretto) oppure dell'esistenza di determinati requisiti di fatto (discrezionalità tecnica) (150), che l'ordinamento può riconoscere in particolari circostanze agli organi della pubblica amministrazione, così sottraendone le determinazioni al controllo giudiziale (151), soprattutto in ragione di una presunta maggiore competenza dell'esecutivo (e del legislativo) nella realizzazione di apprezzamenti di fatto e di una corrispondente imperizia della magistratura a valutarne la correttezza (152).

Un ulteriore ostacolo all' "interventismo" giudiziale può poi aversi qualora si dichiari l'inapplicabilità, in linea di principio, dei comandi desumibili da norme di legalità superiore, ed in particolare da quella che sancisce l' "eguaglianza di fronte alla legge", ad azioni o omissioni di soggetti privati. Ci riferiamo a quelle teoriche, sviluppatesi con motivazioni significativamente simili in diverse giurisprudenze costituzionali (si compari la dottrina statunitense della "State action limitation" (153) con quella tedesca della "Drittwirkung" (154) ), secondo le quali la funzione tipica di tali norme

sarebbe soltanto quella di controllare l'agire degli organi pubblici, in ragione del potere d'imperio ad essi riconosciuto e della conseguente necessità di evitarne usi illeciti in violazione dei diritti fondamentali dei consociati, e pertanto esse non sarebbero, in generale, azionabili nei confronti di privati (155); per quanto poi concerne in particolare il principio d'eguaglianza, alla sua operatività in fattispecie del genere si opporrebbe il valore, parimenti essenziale nella cultura politica occidentale, della libertà individuale, intesa come esigenza di piena affermazione della propria personalità (156) e fondamento per la illimitata "signoria" dei singoli nella soluzione negoziale dei conflitti di interessi interprivati. In realtà negli ordinamenti contemporanei, ispirati dalla logica "interventista" dello "Stato sociale", questo limite ha trovato deroghe, variamente motivate, sempre più frequenti, soprattutto in vista della censura di atti di autonomia negoziale fonti di discriminazioni: così, si è detto che se i privati possono dar vita a contratti in contrasto con gli imperativi costituzionali, non possono però pretenderne poi l'esecuzione forzata o comunque la tutela giudiziale, poichè ciò costituirebbe "azione statale" come tale subordinata al rispetto della legalità superiore dell'ordinamento (157); oppure, si è ritenuto di poter vietare il perseguimento di fini, in sè leciti, da parte dei poteri pubblici qualora risulti che il loro intervento assume come presupposto attitudini discriminatorie di privati (158); o ancora si è

dichiarata la subordinabilità ai comandi costituzionali del comportamento dei privati allorchè questi, per le risorse che controllano, possano essere configurati come "potere" capace di influire sul funzionamento complessivo del sistema sociale (159); nelle ipotesi più estreme di "pubblicizzazione" dell'autonomia negoziale si è poi giunti ad "incorporare" fra le norme imperative o i principi di ordine pubblico e buon costume, tradizionale limite giusciviltistico di tale autonomia, l'intero complesso delle norme costituzionali, o comunque, fra queste, appunto il principio di eguaglianza (160).

Infine, c'è chi ha ritenuto opportuno richiamare la "cost-benefit analysis" per sottolineare il "misuse of judicial resources" che un sindacato sempre approfondito e puntuale potrebbe comportare (161): soprattutto in un'epoca in cui si lamenta un "overload" di ricorsi sugli organi di giustizia costituzionale ed il rischio conseguente che la frequenza delle decisioni incida negativamente sulla precisione ed autorevolezza delle stesse, può apparire infatti giustificato un approccio che "gradui" l'intervento giudiziale in funzione della "probabilità" dell'esistenza nella concreta fattispecie in esame di una reale violazione del principio di eguaglianza.

### 3.2. Fattori di legittimazione dell' "attivismo" giudiziale.

Ai richiamati valori ed interessi che giustificano forme di astensione giudiziale si contrappongono, al limite in una medesima fattispecie normativa, fattori che invece spingono in senso opposto, e cioè verso un accentuato "interventismo" giudiziale a tutela della higher law dell'ordinamento in generale, e della norma dell'eguaglianza di fronte alla legge in particolare.

A questo proposito ci sembrano configurabili quattro ipotesi distinte. Innanzitutto, forme di controllo "rigido" saranno legittimabili quando la disparità di trattamento incide, direttamente o indirettamente (162), sul godimento di situazioni soggettive (come i diritti dell'uomo costituzionalmente garantiti) riconosciute nell'ambito del sistema come fondamentali e quindi tendenzialmente prevalenti su qualsiasi altro interesse confliggente (163).

Lo stesso accadrà (i due profili possono facilmente coincidere) quando l'atto o comportamento sottoposto a scutino interessa quello che può definirsi il "nucleo forte" della nozione materiale di eguaglianza protetta, e cioè quelle allocazioni di vantaggi e svantaggi fra i consociati che l'ordinamento ritiene indispensabili per il conseguimento dei propri obiettivi di giustizia distributiva, e perciò tendenzialmente irrinunciabili.

Penetrante dovrà poi necessariamente essere lo scrutinio a fronte di forme, come si è visto possibili, di

l'enucleazione di modelli di tal genere, e ciò forse non a caso, potendo essere questo il segno di un prevalente bisogno dell'organo giudicante di mantenere sotto il profilo in esame margini di "flessibilità" si da adattare la "penetranza" del proprio intervento tanto alle specifiche caratteristiche di ciascun caso concreto ed agli interessi in esso coinvolti, quanto, anche, al "clima politico" del momento ed alla particolare divisione dei poteri fra i vari organi costituzionali che esso impone (169). L'analisi, pertanto, può soltanto limitarsi ad individuare gli strumenti tecnici attraverso i quali può svolgersi, nelle forme come si notava più diverse, l'articolazione del giudizio.

Le "variabili" potranno riguardare tutti gli aspetti del giudizio di eguaglianza sin qui descritti, e cioè, sinteticamente: i livelli analitici attraverso i quali si svolge l'accertamento della discriminazione, per cui, ad esempio, potrà o meno considerarsi dovuto il controllo sulla "razionalità" del comando normativo; l'organizzazione del sistema probatorio, per quanto riguarda sia la distribuzione dell'onere della prova che il "grado" di prova richiesto (170); la nozione materiale di eguaglianza, per cui si potrà ad esempio dare o no rilievo all'esistenza di intenti o di effetti discriminatori, o subordinare l'invocabilità di deroghe al principio di eguaglianza all'esistenza di presupposti di maggiore o minore eccezionalità (171). Di ciascuno di questi aspetti si è già trattato più

diffusamente nei precedenti paragrafi, cui può quindi farsi rinvio.



II. IL RICONOSCIMENTO DEL PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA  
NELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO.

1. Le fonti.

1.1. trattati istitutivi.

Si è notato all'inizio di questo lavoro che, a differenza di quanto per lo più accade negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, i trattati istitutivi delle Comunità Europee non enunciano un generale e onnicomprensivo principio della "eguaglianza di fronte alla legge", limitandosi soltanto ad affermare una serie di specifiche proibizioni di discriminazioni fondate su determinati e particolari criteri. Per restare alle materie oggetto della nostra analisi, oltre al fondamentale disposto dell'art.7 del Trattato di Roma, che individua fra i "principi" ispiratori del sistema giuridico comunitario il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, entrano in rilievo l'art.48,2, che riafferma tale proibizione in riferimento alla libera circolazione del lavoro subordinato, l'art. 40,3,2, che fa obbligo alle organizzazioni

comuni dei mercati agricoli di escludere "qualsiasi discriminazione fra produttori o consumatori della Comunità", gli artt.30 e 34 che, nell'imporre l'eliminazione di restrizioni quantitative, e misure di effetto equivalente, alle importazioni ed esportazioni, valgono in pratica come una proibizione di discriminazioni fra i beni oggetto di scambio intracomunitario in ragione della loro origine o destinazione.

Sul contenuto di queste norme ci si soffermerà in seguito, allorchè si illustrerà la nozione materiale di eguaglianza comunitaria: ciò che interessa chiarire in questa sede è piuttosto la funzione che la loro previsione all'interno dell'higher law dell'ordinamento delle Comunità svolge ai fini della garanzia giudiziale dell'eguaglianza.

In dottrina si è ad esempio discusso su quale rapporto stabilire fra la massima generale dell'art.7 ed i particolari imperativi di non discriminazione che ne costituiscono concretizzazione ( come quelli contenuti nei menzionati artt.48,2, e, anche (1), 30 e 34), sostenendosi talora che l'art.7 rappresenta una mera enunciazione programmatica che si sostanzia ed acquista cogenza soltanto attraverso le altre, più specifiche disposizioni del trattato in materia di eguaglianza (2), altre volte che esso è autonomamente applicabile, ma soltanto in via residuale, per censurare cioè immotivate disparità di trattamento che non risultino contemplate da tali disposizioni (3). A nostro avviso nessuna delle due tesi

menzionate coglie nel segno. Le clausole dei trattati di cui si discorre individuano infatti, per riprendere un concetto già accennato e che troverà più ampia illustrazione in seguito (4), "fattispecie tipiche di discriminatorietà", vale a dire ipotesi di normazione in cui il ricorso ad un certo criterio "sospetto" di classificazione consente di presumere l'esistenza di una lesione degli obiettivi di giustizia distributiva perseguiti dall'ordinamento, la loro funzione essendo appunto quella di colpire quei profili di "irragionevolezza" e "irrazionalità" classificatoria che, vuoi per l'alta probabilità che si verificano nell'esercizio di attività normative di rilevanza comunitaria, vuoi per la loro elevata perniciosità, si ritiene necessario siano oggetto di espressa sanzione. Ciò significa che esse producono l'effetto di "orientare" le valutazioni dell'organo giudicante, limitando la discrezionalità del suo apprezzamento rispetto al contenuto della nozione materiale di eguaglianza protetta, della quale specificano i tratti più caratterizzanti, e rispetto alla "profondità" del giudizio, giacché nella maggior parte dei casi esse definiranno anche il "nucleo forte" dell'eguaglianza comunitaria, a salvaguardia del quale si giustifica un controllo più attento e rigoroso; ma significa anche che resta aperta la possibilità e la legittimità di un procedimento interpretativo che ricollegli in modo sistematico, tra loro e con le altre disposizioni materiali dei trattati, i vari divieti specifici di discriminazione sì da

risalire agli interessi ed ai valori di giustizia distributiva complessivamente tutelati dall'ordinamento e da censurare qualsiasi classificazione normativa che si ponga con essi in contrasto. In questa prospettiva l'art.7 potrà dunque senz'altro essere azionato per censurare trattamenti differenziati in base alla nazionalità che non siano esplicitamente vietati nelle più specifiche discipline di settore del Trattato di Roma e che nondimeno appaiano comunitariamente ingiusti, così come potrà servire per una più esatta e completa interpretazione di tali discipline. E considerazioni simili dovranno a nostro avviso valere in simili ipotesi, ad esempio rispetto alla questione della relazione da stabilire fra il medesimo art.7, o altri espressi divieti di discriminazione, ed il principio di diritto comunitario non scritto dell'eguaglianza in generale.

Qualche conferma in questo senso può peraltro trarsi dalla stessa giurisprudenza: già agli inizi della propria attività, chiamata a pronunciarsi sul rapporto fra i vari articoli del Trattato CECA, la Corte afferma che delle disposizioni dell'art.4 (fra le quali, il fondamentale principio di non discriminazione fra produttori, acquirenti e consumatori formulato nel paragrafo b) quelle "che non trovano nel Trattato alcuna norma integrativa sono di per sé complete ed immediatamente applicabili", mentre per le altre "riprese, richiamate ed integrate in altre parti del Trattato" i vari testi normativi "vanno considerati nel loro complesso e simultaneamente

applicati" (5); e più tardi, nel dare riconoscimento in via pretoriana alla massima astratta della "eguaglianza di fronte alla legge", dichiarerà che divieti di discriminazione, come quello di cui al citato art.40,3,2, del Trattato di Roma, ne costituiscono "(s)olo una espressione specifica" (6) evidentemente non esaustiva del suo contenuto e degli obblighi rispetto all'allocazione di vantaggi e svantaggi fra i consociati che da essa vanno derivati.

1.2. norme secondarie.

Gli obbiettivi di giustizia distributiva dell'ordinamento comunitario possono trovare attuazione attraverso interventi di normazione secondaria posti in essere dalle istituzioni (o anche, eventualmente, dagli Stati membri). L'art.7, al secondo comma, espressamente prevede che il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, possa stabilire a maggioranza qualificata "tutte le regolamentazioni intese a vietare" le discriminazioni in base alla nazionalità colpite dal primo comma; ma direttive e regolamenti finalizzati alla eliminazione di disparità di trattamento comunitariamente ingiuste possono essere adottate anche in base ad altre disposizioni di portata generale, come gli artt.100 e ss. sul ravvicinamento delle legislazioni, oppure,

comunque, nell'esercizio dei poteri di disciplina dei singoli settori di diritto materiale ( ad esempio, sempre per restare nel campo di indagine del nostro lavoro, ai sensi dell'art.43 o dell'art.49, relativi alla emanazione da parte degli organi di Bruxelles delle misure necessarie alla realizzazione, rispettivamente, della politica agricola comune e della libera circolazione dei lavoratori). Anche in questo caso ciò che ci interessa è chiarire quale influenza la produzione di tali normative possa avere sul giudizio comunitario di eguaglianza.

Va innanzitutto notato che interventi di questo tipo generalmente non condizionano l'azionabilità giudiziale dei diritti desumibili dalle disposizioni dei trattati in materia di non discriminazione: la Corte ha per esempio dichiarato che quelle fra tali norme primarie "che impongono agli Stati membri di abolire qualsiasi discriminazione entro un dato termine acquistano efficacia immediata anche quando, alla scadenza del termine fissato, gli Stati membri non abbiano ottemperato a tale obbligo", indipendentemente dunque dalla emanazione, a livello comunitario o da parte delle autorità nazionali, di provvedimenti di sorta (7); ed ha poi riconosciuto senza esitazioni il c.d. "effetto diretto" (8) a vari articoli contenenti proibizioni di discriminazioni (ad esempio agli artt.30 e 34 (9), all'art.48 (10), forse anche all'art.7 (11) ), talora addirittura ritenendo irrilevante sotto tale profilo che essi prevedessero

l'attribuzione al Consiglio di poteri normativi in vista della eliminazione di tali discriminazioni (12).

Il vero problema è piuttosto un altro, e precisamente quello del valore che il giudice comunitario deve attribuire a queste norme secondarie all'atto della definizione del contenuto della nozione materiale di eguaglianza protetta dall'ordinamento. La Sundberg-Weitman, interpretando l'art.7, ritiene si debba distinguere tra una "full Treaty enforcement area", che coprirebbe le ipotesi di discriminazione in base alla nazionalità direttamente censurate dal trattato, ed una "postulates-awaiting-implementation area", che riguarderebbe invece tutti quei casi in cui, "(m)ostly for practical reasons", il divieto generalizzato posto dall'articolo potrebbe operare soltanto attraverso l'emanazione delle regolamentazioni attuative di cui al ricordato secondo comma (13). Questa tesi evidenzia correttamente il potere del legislatore (ordinario) di "modulare" con le proprie scelte la garanzia dell'eguaglianza; è tuttavia imprecisa e fuorviante (14) nella parte in cui non chiarisce fondamento e limiti di tale potere. Se è infatti vero che il principio di eguaglianza ha in diritto comunitario natura "primaria", risultando tutelato all'interno di quella "higher law" la cui funzione è appunto di condizionare, legittimandolo, l'esercizio del potere normativo in seno alle Comunità, appare palese come le valutazioni dei detentori di tale potere (dunque, per lo più, istituzioni e Stati membri), vale a dire dei soggetti "controllati", in merito alla

legittimità di determinate allocazioni di costi e benefici fra i consociati vincoleranno l'organo giudicante soltanto quando non confliggevano con gli assetti di giustizia distributiva che questo ritiene siano imposti dal principio, soltanto cioè quando rifletteranno, come già si notava, interventi meramente esecutivi oppure estensivi di tali assetti inderogabili.

Il che non toglie che la nozione di giustizia distributiva fatta propria dal legislatore possa acquistare importante rilievo: dati gli ampi margini di discrezionalità di cui il giudice dell'eguaglianza gode nella interpretazione di tali norme e principi superiori e nella derivazione da questi dei criteri di "ragionevolezza" e "razionalità" classificatoria vincolanti. per gli enti normatori, potrà accadere che in fattispecie nelle quali consideri dovuto a fronte delle scelte normative di questi un atteggiamento di "astensione" (ad esempio, quando entrino in gioco "obblighi positivi" dei poteri pubblici, oppure discriminazioni private, o ancora discriminazioni "indirette"), esso subordini il proprio intervento sanzionatorio, pure astrattamente realizzabile in applicazione dei trattati o dei principi generali di diritto, proprio all'esistenza di una "autorizzazione" in tal senso desumibile da atti normativi delle istituzioni, e questo perchè la legittimazione di tipo rappresentativo di cui tali organi sono investiti apparirà sufficiente a superare gli ostacoli che si oppongono in tali ipotesi a forme di "attivismo" giudiziale; di questa particolare

funzione delle norme secondarie si parlerà tuttavia più diffusamente in seguito, allorchè si analizzerà la "profondità" del giudizio comunitario di eguaglianza, di cui essa rappresenta evidentemente un aspetto.

### 1.3. principi generali del diritto.

I "principi generali del diritto" costituiscono parte integrante dell'ordinamento delle Comunità Europee (15): sin dagli albori della sua giurisprudenza (16) la Corte di giustizia ha avvertito il bisogno di colmare le numerose lacune del sistema giuridico nell'ambito del quale essa è chiamata ad assicurare il rispetto della legalità (17), ed a tal fine ha fatto frequente ricorso a questa fonte normativa sussidiaria, in un certo qual senso derivabile dagli stessi trattati istitutivi allorchè affermano l'illiceità della violazione di "qualsiasi regola di diritto" relativa alla loro applicazione (18).

In realtà questo strumento ermeneutico è servito a legittimare operazioni ben diverse, essendosi attraverso di esso riconosciuti principi normativi eterogenei per origine e per natura (e forse anche per rango (19) ). Senza alcuna pretesa di sistemazione di una materia assai complessa (20) e solo indirettamente rilevante per il nostro studio, basterà qui notare come sia possibile individuare una basilare dicotomia fra i

principi che la Corte astrae dalle stesse disposizioni di diritto scritto comunitario mediante la loro interpretazione sistematico - teleologica (21), ed i principi che vengono invece desunti attraverso il metodo comparativo da una indagine sul contenuto degli ordinamenti degli Stati membri; categoria, quest'ultima, in seno alla quale possono ulteriormente distinguersi (ma con ovvie possibilità di "overlapping") principi attinenti a regole "tecniche" necessarie alla amministrazione della giustizia o, in generale, al funzionamento organico di un sistema giuridico (regole sul giudicato, sulla efficacia nel tempo o nello spazio delle leggi o degli atti amministrativi, a tutela della certezza giuridica, e così via) da principi di natura "costituzionale", caratterizzati quindi da una più alta valenza politica, relativi ad una organizzazione "garantista" dei poteri in seno alle Comunità, coerente cioè con la tradizione di cultura politica liberal-democratica condivisa dalle nazioni interessate dal processo integrativo (dunque, per lo più, i c.d. diritti fondamentali).

Va sottolineato come in ciascuna di queste tre ipotesi, e diremmo con una intensità crescente, la Corte goda di un'ampia discrezionalità valutativa, finendo spesso per svolgere un'attività di vera e propria "creazione pretoriana" del diritto (22). Nonostante quanto sovente si crede, ciò accade anche e soprattutto quando la Corte definisce principi giuridici "comuni" agli Stati membri attraverso il ricorso al metodo della

comparazione, giacchè non è affatto infrequente che gli ordinamenti interni, al di là di convergenze solo apparenti, o reali, ma ad un livello troppo elevato di astrazione per consentire l'enucleazione di principi in sè compiuti, rivelino notevoli difformità nella disciplina riservata a fattispecie identiche: il che significa che anche in ipotesi del genere la Corte sarà inevitabilmente chiamata a scegliere fra soluzioni normative diverse, e quindi ad esplicitare i criteri di tale scelta, solo in tal modo potendo efficacemente attuarsi il controllo sulla correttezza delle sue argomentazioni, principale strumento per la legittimazione del suo operato in quanto organo giurisdizionale. Insufficienti e fuorvianti appaiono perciò le tesi, emerse soprattutto nel dibattito sul contenuto dei "diritti fondamentali" comunitariamente garantiti (23), secondo cui i giudici del Lussemburgo dovrebbero procedere alla individuazione del (minimo) "comune denominatore" fra i vari diritti nazionali (24) (posizione, questa, che sembra condivisa da qualche sentenza (25) ), o invece, per l'opposto, assicurare uno "standard massimo di tutela" (26). Insufficienti, perchè non chiariscono quello che è il presupposto necessario per qualsiasi operazione di riduzione a denominatore comune di entità diverse, e cioè la loro omogeneità, omogeneità che nel caso di discipline difformi di identici rapporti o situazioni, verosimilmente riflesso di difformi valutazioni politiche di identici conflitti di interessi, in tanto sussisterà in quanto si disponga di un

parametro esterno, di una propria, preesistente ed autonoma scala di valori in riferimento alla quale svolgere l'indagine (27). E fuorvianti, perchè offuscando questo aspetto, centrale, dell'analisi della Corte ne suggeriscono indirettamente la "neutralità", la possibilità che essa si svolga esente da quei giudizi di valore che invece, per quanto si è detto, implica inevitabilmente. Da questo punto di vista più corretto ci sembra l'approccio che la Corte ha tradizionalmente seguito in altre materie (28), allorchè piuttosto che "(1)a 'media' più o meno aritmetica fra i vari ordinamenti" ha ricercato la "soluzione migliore, o più progressista, in vista delle finalità dei trattati" (29). In questa prospettiva i diritti nazionali emergono dunque soltanto come materiale da cui trarre ispirazione e guida nella formulazione dei principi generali, avendo come obbiettivo ultimo quello della affermazione di norme integratrici dell'ordinamento funzionali "(a)lle caratteristiche ed esigenze proprie delle Comunità" (30); con la ovvia precisazione che queste caratteristiche ed esigenze potranno variare a seconda dei casi, sì che, ad esempio, rispetto alla salvaguardia dei diritti fondamentali, ove la ragione primaria dell'intervento pretoriano della Corte è stata ed è quella di proteggere l'"unità" del diritto comunitario dalle lesioni che subirebbe qualora ciascuno Stato membro facesse prevalere il proprio Bill of Rights su atti delle istituzioni con esso incompatibili, nessun principio potrà trovare riconoscimento quando la sua affermazione, sia essa

effetto dell'adozione di uno standard "massimo" o "minimo" di tutela, venga avvertita anche da uno solo degli Stati membri in insanabile contrasto con irrinunciabili aspetti del proprio ordinamento costituzionale.

Ciò premesso, si può passare all'analisi del ruolo che i principi generali del diritto svolgono ai fini della garanzia dell'eguaglianza nel sistema giuridico comunitario: come si vedrà, entrano in rilievo principi di tutti e tre i "tipi" qui su individuati, sia pure sotto profili diversi e postulando da parte del giudice del Lussemburgo interventi di "concretizzazione creatrice" di diversa intensità.

#### 1.3.1. il principio "generale" di eguaglianza.

Nelle due parallele sentenze Ruckdeschel e Pont-a-Mousson la Corte afferma che il divieto di discriminazioni fra produttori o consumatori posto dall'art.40,3,2, "è solo l'espressione specifica del principio generale di uguaglianza che fa parte dei principi fondamentali del diritto comunitario" e che "impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvochè una differenza di trattamento sia obbiettivamente giustificata" (31). Questa massima, ormai un luogo "classico" della giurisprudenza comunitaria, si presta, alla luce delle

considerazioni precedentemente svolte, ad interpretazioni diverse.

E' evidente che nei due casi concreti il richiamo al principio di eguaglianza serve alla Corte innanzitutto per superare la lettera della citata disposizione del Trattato di Roma e per censurare disparità di trattamento fra operatori economici che, pur non essendo direttamente colpite dalla proibizione ivi contenuta perchè interessanti soggetti diversi dai "produttori" o dai "consumatori" in senso stretto, risultano parimenti lesive del fondamentale interesse da essa tutelato, e cioè dell'efficienza liberoconcorrenziale nei mercati agricoli: il che configura nient'altro se non un'ipotesi di estensione per analogia di un "profilo tipico di discriminatorietà" attraverso l'astrazione dalla regola di diritto scritto del principio normativo di cui questa è espressione. Da questo punto di vista le due sentenze, così come molte delle pronuncie successive che ne hanno ripreso quasi letteralmente la formula (32), non appaiono granchè innovative: già in precedenza, ad esempio nel caso Frilli (33), la Corte aveva infatti attribuito a divieti particolari di discriminazione, come quello in base alla nazionalità, la natura di concretizzazioni della Grundnorm comunitaria dell'eguaglianza di trattamento, ma questo, appunto, al solo fine di superare eventuali lacune nell'attuazione degli obbiettivi di giustizia distributiva sottesi a tali divieti alle

quali un'interpretazione meramente testuale delle norme dei trattati avrebbe potuto condurre.

La novità, in Ruckdeschel e Pont-a-Mousson, è semmai nelle motivazioni con le quali la Corte perviene a tale risultato: per giustificare la sanzionabilità di una nuova categoria di classificazioni sospette in materia di agricoltura, essa infatti non si limita semplicemente ad ampliare l'ambito di applicabilità del divieto di cui all'art.40,3,2 attraverso i consueti metodi dell'interpretazione analogica (o sistematica), come pure avrebbe potuto senza che si modificasse l'esito del giudizio, ed invece afferma la vigenza nell'ordinamento delle Comunità Europee di un generale ed astratto imperativo della eguaglianza di fronte alla legge. Il che spiega e conferma la lettura delle due sentenze prevalente in dottrina, secondo la quale la Corte vi avrebbe per la prima volta riconosciuto l'invocabilità in diritto comunitario di un generalizzato "divieto dell'arbitrario", finendo così con l'attribuirsi, secondo quella che può considerarsi una regola "tecnica" comune ai diritti degli Stati membri, quella verifica della coerenza, "interna" (per rispetto della "logica formale") ed "esterna" (per rispetto della "verità" ed "efficienza"), dell'ordinamento in cui si sostanzia il "controllo di razionalità" in applicazione del principio di eguaglianza. Non mancano infatti pronuncie, ad esempio in materia di gestione delle risorse finanziarie comunitarie (34), nelle quali la Corte ha ritenuto di poter fare

ricorso a tale principio anche in assenza di una qualsiasi norma positiva dei trattati, proibente specifici profili di discriminatorietà, dalla quale fare astrazione per censurare scelte classificatorie irrazionali.

Va tuttavia ricordato che la massima aristotelica dell'eguaglianza come trattamento eguale dell'eguale, diverso del diverso, ripresa dalla Corte in questa giurisprudenza, data la sua natura "formale", rinvia necessariamente ad un tertium comparationis, individuabile, come si è già detto, nella nozione materiale di eguaglianza protetta dall'ordinamento: nozione che non è affatto detto recepisca soltanto il valore della "razionalità", potendo essere (nei fatti, essendo) ispirata da altri, più "sostanziali" valori di giustizia distributiva. In tal senso, ciò che non sempre è colto con chiarezza dalla letteratura in materia, le late statuizioni di Ruckdeschel e Pont-a-Mousson potrebbero valere anche ad ampliare i confini del controllo sulla "ragionevolezza" delle classificazioni normative, legittimando interventi giudiziali, non direttamente collegabili ad espresse previsioni dei trattati, sanzionatori di atti o comportamenti normativi fonti di differenziazioni non arbitrarie ma parimenti qualificabili come discriminatorie. A tal fine la Corte potrebbe dare rilievo ad elementi impliciti nella costituzione materiale dell'ordinamento comunitario: come fa, ad esempio, quando proclama "l'eguaglianza degli Stati membri dinanzi al diritto comunitario" in ossequio al principio dell'equilibrio

sinallagmatico fra i vantaggi e gli oneri della loro partecipazione al processo integrativo (35). Oppure potrebbe trarre orientamento dai valori di giustizia distributiva desumibili dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri: con il che veniamo a trattare della seconda fonte non scritta della garanzia comunitaria dell'eguaglianza.

1.3.2. le "tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri".

Nel dare il loro contributo al superamento del "deficit" di legittimazione democratica imputato alle Comunità (fra l'altro) per la mancata previsione nei trattati istitutivi di norme a protezione dei "diritti dell'uomo", spinti soprattutto dalla volontà di evitare le infrazioni ai principi basilari della supremazia e dell'unità del diritto comunitario minacciate da alcune supreme magistrature nazionali (36) per l'ipotesi di atti o comportamenti delle istituzioni lesivi di tali diritti in violazione delle costituzioni degli Stati membri (37), i giudici del Lussemburgo hanno affermato in una ormai celebre giurisprudenza che "(i) diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza" e che essa è a tal fine "tenuta ad

ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri" (39).

Come già si notava, e nonostante una certa ambiguità sul punto delle sentenze citate (40), quest'ultimo richiamo non da luogo ad un rinvio formale al diritto (costituzionale) interno, ma indica soltanto il materiale normativo che deve orientare la Corte affinché l'attività accentuatamente (e necessariamente) di "creazione pretoriana" da essa svolta in tale ipotesi risulti efficace nel colmare quel particolare tipo di lacune dell'ordinamento. Ora, è indubbio che il principio di eguaglianza nella sua forma "pura", e cioè come fonte di un generale onere di giustificazione delle classificazioni normative a fronte di un'altrettanto generale proibizione di privilegi fra i consociati, sia parte di tali tradizioni comuni: ciò che legittima ulteriormente l'affermazione giurisprudenziale, poc'anzi analizzata, della massima dell'eguaglianza di fronte alla legge fra i principi di diritto comunitario non scritto. Altrettanto comune all'esperienza costituzionale degli Stati membri può poi considerarsi la censura di determinate forme classiche di discriminazione (quelle in base alla razza, al sesso, al credo politico o religioso, alla condizione personale o sociale), ed il riconoscimento di valori di giustizia distributiva quali la pari dignità umana e l'equità nella ripartizione del prodotto sociale, oltre a quello della "razionalità" ed al connesso "divieto dell'arbitrario" più su

ricordati. Diversità di valutazione fra i vari ordinamenti è invece verosimile sussistano per quanto riguarda lo specifico contenuto delle allocazioni di vantaggi e svantaggi imposte dalla garanzia di tali valori, così come l'equilibrio da stabilire fra le varie componenti della nozione materiale di eguaglianza protetta e fra questa ed altri valori ed interessi pure tutelati attraverso norme di "legalità superiore": in questo caso la Corte di giustizia, chiamata a scegliere fra alternative di normazione spesso mutualmente irriducibili, dovrà a nostro avviso mirare, come già osservato, alla ricerca della soluzione più congeniale alle esigenze del processo integrativo, nella consapevolezza tuttavia che in questa materia tali esigenze includono anche quella di cercare nella maggior misura possibile di non compromettere situazioni giuridiche soggettive qualificate come fondamentali dal diritto di uno qualsiasi degli Stati membri.

Un cenno va fatto in questa sede ai "trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito" giacchè nella giurisprudenza in esame la Corte dichiara che anche questi possono "del pari fornire elementi di cui conviene tener conto nell'ambito del diritto comunitario" (41): più che ad una loro diretta vigenza nell'ordinamento delle Comunità in conformità ai principi non del tutto pacifici (42) che regolano il rapporto fra questo e gli obblighi convenzionali assunti dagli Stati membri, è evidente infatti che la Corte si riferisce all'utilizzabilità di

tali strumenti quale fonte sussidiaria per l'individuazione di quel "common core" di diritti e libertà fondamentali sulla necessità della cui protezione c'è convergenza fra i vari Paesi della Comunità; e cioè al riflesso, per così dire, "esterno" o "internazionalistico" delle "tradizioni costituzionali comuni" che li trova espressione. In tal senso vanno allora a nostro avviso intesi i richiami, ormai frequenti nella giurisprudenza comunitaria, alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (43) (o ad altri documenti internazionali come la Carta Sociale Europea o le Convenzioni dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (44) ), e ciò anche quando l'imprecisione o la vaghezza del linguaggio utilizzato potrebbe consentire interpretazioni diverse (45); così, nel noto passo della sentenza Rutili ove la Corte giustifica determinate restrizioni che il diritto comunitario pone ai poteri statali di polizia in quanto "manifestazione specifica di un principio più generale" sancito da varie norme della Convenzione (46), l'insistenza sulla circostanza che questo accordo risultasse al momento ratificato da tutti gli Stati membri non impedisce di ritenere che per la Corte esso valga non come fonte di norme direttamente applicabili, ma soltanto come "source d'inspiration" (47) e mezzo di legittimazione per l'operazione ermeneutica lì compiuta nell'enucleazione di un principio generale di diritto (comunitario) non scritto (48).

L'importanza dei trattati in materia di diritti dell'uomo ai fini della garanzia comunitaria dell'eguaglianza non va tuttavia esagerata. Se è vero infatti che essi spesso contengono disposizioni, come ad esempio l'art.14 della Convenzione europea o l'art.26 del Patto delle Nazioni Unite sui Diritti Civili e Politici, in cui si individuano fattispecie tipiche di discriminatorietà (49), e che comunque da una analisi del loro contenuto complessivo è sempre possibile derivare valori di giustizia distributiva che potrebbero servire per interpretazioni estensive della nozione materiale di eguaglianza comunitariamente protetta, ad esempio accentuandone i caratteri "umanitari" rispetto a quelli strettamente "economici" (50); è anche vero però che la vera funzione di tali trattati di solito non è quella di affermare nuove situazioni di vantaggio, giacchè per lo più essi si limitano a codificare un minimum di diritti fondamentali già protetti negli ordinamenti costituzionali delle parti contraenti, ma è piuttosto quella di prevedere nuovi strumenti di tutela per tali situazioni, ulteriori rispetto a quelli di cui il privato gode in base al diritto interno ed azionabili in caso di carenze di questi, fino alla organizzazione di una vera e propria "giurisdizione internazionale delle libertà" (51). Naturalmente nulla impedisce che questa stessa funzione possa essere svolta anche nei confronti di atti o comportamenti di rilevanza comunitaria (con notevoli problemi, comunque, per la necessità di adattare i sistemi previsti da tali

trattati alle peculiarità di enti "sovrnazionali" e non statuali quali sono le Comunità (52) ): ma è chiaro che ciò riguarderà semmai la "struttura" del giudizio di eguaglianza, aspetto illustrato in seguito, e non il riconoscimento normativo del principio, di cui qui si discorre.

### 1.3.3. il principio di proporzionalità.

A noi sembra che il principio di proporzionalità, qualificato dalla Corte in una ampia serie di sentenze ed in relazione ai più vari settori di diritto materiale fra i principi generali di diritto (53), possa costituire una ulteriore fonte normativa per la garanzia comunitaria dell'eguaglianza.

Il punto è tutt'altro che pacifico. Da una lato, la prassi mostra come i vizi di legittimità per discriminatorietà e non proporzionalità non solo siano spesso oggetto di un unico mezzo di ricorso (54), ma vengano talora valutati congiuntamente anche da parte della stessa Corte di giustizia: come, ad esempio, nel caso Bela Muehle, ove un regolamento che imponeva ai produttori l'obbligo di acquisto di certe eccedenze ad un prezzo tre volte superiore a quello di beni concorrenti viene invalidato, tra l'altro, in quanto un prezzo così sproorzionato comportava una ripartizione discriminatoria dei relativi oneri fra i diversi settori agricoli (55). D'altro lato, in dottrina si

insiste sulla differenza concettuale fra i due principi, giacchè mentre quello di eguaglianza riguarderebbe il trattamento giuridico riservato dai poteri pubblici a gruppi diversi di amministrati, quello di proporzionalità atterrebbe invece alla relazione fra gli scopi di un certo provvedimento ed i pesi o le restrizioni che questo impone ai soggetti da esso colpiti (56). In realtà l'indiscutibile autonomia da un punto di vista logico delle due nozioni non esclude che nell'esperienza giuridica esse possano venire ad integrarsi, in particolare che dall'accertamento di una distribuzione sproporzionata di costi e benefici fra i consociati possa derivarsi la prova di una loro discriminazione.

Ciò si comprende agevolmente se, superando semplificazioni spesso ricorrenti (57), si chiarisce il diverso contenuto che la valutazione di un atto o comportamento normativo in punto di proporzionalità può assumere nella prassi giudiziale. A nostro avviso il principio in esame consente infatti tre distinti tipi di verifiche, che potrebbero convenzionalmente chiamarsi di causalità, di necessità e di proporzionalità in senso proprio. Con la prima si indaga sulla utilità tout court del comando rispetto al fine della norma: ipotesi estrema di violazione delle regole di proporzionalità può ritenersi quella, rara a realizzarsi ma non impossibile, in cui il sacrificio imposto risulti affatto ingiustificato perchè assolutamente inefficace rispetto agli obbiettivi dell'ente normatore. Con la

seconda, si accerta invece che non sussistano misure alternative che pur soddisfacendo con la medesima efficacia l'interesse perseguito siano meno onerose per i destinatari, diretti o indiretti, della norma e dei suoi effetti: è l'ipotesi più consueta nella giurisprudenza comunitaria (58) ed alla quale si riferisce (riduttivamente) la definizione del principio che si è visto essere per lo più prevalente. La terza verifica si traduce infine nella ponderazione fra i benefici che l'ente fonte mira a conseguire attraverso l'intervento normativo oggetto di sindacato ed i costi che questo comporta sui consociati, si da evitare che il valore relativo dei secondi risulti eccessivo rispetto a quello dei primi: il che significa che se nelle altre forme di controllo si accetta come dato e insindacabile il fine dell'atto o comportamento e si giudica solo della congruenza rispetto ad esso dei mezzi prescelti, onde eliminare eventuali effetti inutilmente perniciosi su altri interessi protetti dall'ordinamento, in questo caso invece è proprio il fine ad essere valutato, insieme agli interessi sacrificati, sulla base di un parametro esterno che graduandone l'importanza consente un loro "bilanciamento" nella concreta fattispecie in esame. In realtà non è chiaro fino a che punto il giudice comunitario sia disposto a svolgere, per lo meno in modo esplicito, indagini di quest'ultimo tipo, e ciò nonostante i vantaggi che un simile approccio presenta nella misura in cui permette di far dipendere eventuali censure giudiziali di scelte normative, e le

conseguenti limitazioni della discrezionalità dell'ente fonte, dalla gerarchia esistente fra gli interessi in conflitto in ciascun singolo caso sottoposto al controllo della Corte (59). Alle resistenze talora mostrate dalla magistratura del Lussemburgo a muoversi in questa direzione (60) possono infatti contrapporsi vari casi in cui essa ha invece verificato la "proporzionalità" (appunto, "in senso proprio") del provvedimento impugnato: come quando il già ricordato regolamento agricolo oggetto della sentenza Bela Muehle viene invalidato, tra l'altro, per lo squilibrio esistente fra i benefici minimi o nulli che apporta all'obbiettivo ufficialmente perseguito ed i costi assai elevati che fa ricadere sui suoi destinatari (61), oppure quando fra le condizioni di legittimità di atti, di Stati membri o istituzioni, derogatori di norme o principi del diritto comune o comunque incidenti su interessi da questo protetti viene affermata quella appunto di una preliminare valutazione e ponderazione di tutti gli interessi in gioco onde evitare che alcuno di essi subisca sacrifici (anche utili o necessari, ma) eccessivi (62).

Ciò premesso, risulta facile comprendere in che senso a nostro avviso il principio di proporzionalità può valere quale fonte sussidiaria per la garanzia comunitaria dell'eguaglianza. In generale e preliminarmente va notato che il rapporto binario (comando normativo - destinatari) cui l'applicazione di quel principio rinvia si traduca agevolmente nel rapporto ternario

(classificazione normativa - soggetti inclusi - soggetti esclusi) tipico oggetto del giudizio di eguaglianza qualora soltanto si consideri come qualsiasi attribuzione, sproporzionata e perciò ingiustificata, di costi o di benefici (63) ad un certo gruppo di consociati possa essere anche intesa come causa di una altrettanto ingiustificata, e perciò discriminatoria, condizione rispettivamente di privilegio o di penalizzazione per i soggetti non colpiti dal comando fuori misura. In particolare, disparità di trattamento di questo genere risulteranno "irrazionali" (perchè fondate su considerazioni in punto di fatto "false" nel caso di comandi "inutili"; perchè espressione di un "calcolo inefficiente" nell'allocazione di vantaggi e svantaggi nel caso di comandi "non necessari" oppure "eccessivi" (64) ), ma anche "irragionevoli" qualora l'arbitrarietà della scelta classificatoria coincida con la lesione di un valore di giustizia distributiva tutelato dall'ordinamento e diverso da quello della razionalità, oppure quando il parametro esterno necessario a ponderare gli interessi in conflitto ai fini del controllo di proporzionalità in senso proprio venga individuato, come ci sembra per lo più accada, appunto nella nozione materiale di eguaglianza comunitariamente protetta. Per intenderci, un regolamento agricolo che preveda per certi operatori pesi finanziari oppure aiuti sproporzionati andrà considerato discriminatorio sia per il trattamento, migliore o peggiore, che senza ragione alcuna ("arbitrariamente") realizza, sia pure come

mero effetto indiretto, nei confronti della generalità degli altri amministrati, sia anche, eventualmente, per le distorsioni del gioco concorrenziale che ("irragionevolmente") introduce a favore o a danno di operatori economici concorrenti di quelli interessati dal provvedimento.

Emerge così chiaramente l'interconnessione fra eguaglianza e proporzionalità in vista del sindacato comunitario di legittimità di atti o comportamenti normativi, così come l'opportunità che, a scanso di equivoci o semplificazioni fuorvianti, di essa si abbia piena consapevolezza. Per fornire soltanto un esempio, ciò conduce a criticare per la sua imprecisione e genericità la massima, desumibile da talune sentenze (65), secondo cui l'obbligo delle istituzioni di aver cura di evitare che gli oneri imposti superino quanto necessario al raggiungimento degli scopi perseguiti non andrebbe commisurato alla particolare situazione di qualsiasi specifico gruppo di soggetti: al contrario, proprio l'operare nell'ordinamento di un fondamentale, e generalizzato, divieto di discriminazioni rende in linea di principio sanzionabile ogni provvedimento del quale si accerti la sostituibilità con provvedimenti alternativi parimenti efficaci ma meno "costosi", senza che sotto questo profilo rilevi in alcun modo il numero o l'importanza dei soggetti immotivatamente sacrificati a causa della sua vigenza, essendo di per sé sufficiente la prova di tale aspetto di irrazionalità classificatoria. Naturalmente diverso sarebbe dire,

come ci sembra intenda in realtà la Corte, che il maggiore sacrificio di certi soggetti può venire ammesso in quanto necessario per il minore sacrificio di altri, ma questa posizione, piuttosto che escludere, verosimilmente implica un controllo di proporzionalità (in senso proprio) e comunque richiede che si esplicitino, e si giustifichino in termini di eguaglianza di fronte alla legge, le ragioni in base alle quali tale preferenza viene accordata.

2. Gli effetti.

Che dal riconoscimento normativo del principio di eguaglianza nelle forme sin qui descritte discenda anche nell'ordinamento comunitario un onere di giustificazione delle classificazioni normative, accompagnato dalla affermazione, attraverso gli specifici divieti di discriminazione contenuti in disposizioni dei trattati o di norme secondarie, di presunzioni in merito alla illiceità di determinate ipotesi di trattamento differenziato, è cosa talmente palese da non richiedere una diffusa illustrazione: valga a conferma in tal senso l'insieme della giurisprudenza oggetto di analisi in questo lavoro e le osservazioni svolte a suo riguardo nelle pagine che seguiranno. Ci si può chiedere, semmai, se il contenuto del controllo di razionalità e ragionevolezza sia sempre il medesimo o se invece,



come sembra, esso subisca variazioni in circostanze particolari, in particolare in relazione alla natura dell'ente normatore (istituzioni, Stati membri, privati): ma questo aspetto attiene essenzialmente ai limiti che il giudizio di eguaglianza incontra a causa dei limiti di competenza dell'ordinamento delle Comunità, o ai diversi gradi di "profondità" ai quali il giudice comunitario ritiene di poter spingere il proprio sindacato, e verrà quindi trattato nei relativi capitoli.

Quanto alle altre, più specifiche conseguenze che come si è visto più sopra l'esperienza degli ordinamenti statali indica riconducibili alla qualificazione dell'eguaglianza di fronte alla legge quale principio di legalità superiore (66), poche parole vanno spese su quelli che si sono definiti "effetti simbolici", e cioè soprattutto sul rafforzamento del senso dell'appartenenza ad una comunità prodotto dal ricorso nella prassi giudiziale alla retorica dell'eguaglianza e della non discriminazione. E' evidente infatti l'importanza per il consolidamento e lo sviluppo del processo integrativo che le "Comunità" Europee (il bisticcio non è casuale) vengano effettivamente vissute come tali dai soggetti da esse interessati, in primo luogo dalle varie collettività nazionali che ne sono parte, ed al tal fine la consapevolezza di poter agire nel foro del Lussemburgo per rivendicare diritti alla parità di trattamento, maxime senza distinzioni fondate sulla nazionalità, rappresenta senz'altro un fattore catalizzante: ciò

che la Corte ben comprende allorchè insiste sui pericoli che un'applicazione differenziata del diritto comunitario da Stato membro a Stato membro può presentare per il valore fondamentale della "coesione della Comunità" (67).

Quanto al c.d. "effetto di non-ritorno" nella garanzia dell'eguaglianza, una sua manifestazione potrebbe individuarsi nelle clausole di "standstill" (per esempio, gli artt. 31 e 32 in materia di abolizione di contingentamenti agli scambi e misure di effetto equivalente, o gli artt. 53 e 62 relativi alla eliminazione di ostacoli alla libertà di stabilimento ed alla libera circolazione di servizi) qualora queste venissero lette come fonte per gli Stati membri non solo, secondo la loro lettera, dell'obbligo di non introdurre nuove restrizioni rispetto a quelle già esistenti al momento della entrata in vigore del Trattato, ma anche, secondo il loro spirito, del divieto di revocare nel corso del periodo transitorio, una volta che siano stati adottati, i provvedimenti di liberalizzazione dovuti prima del suo termine (68). Tuttavia, al di là di questa ipotesi minore e ormai praticamente irrilevante, la Corte sembra invece orientata a negare qualsiasi profilo di illiceità nella revoca da parte di uno Stato membro di situazioni di vantaggio funzionali al conseguimento degli obbiettivi dell'integrazione (e, in particolare, degli obbiettivi di giustizia distributiva comunitaria) quando questi risultino concessi dallo Stato nell'esercizio della sua piena e incondizionata autonomia sovrana

(vale a dire, non in ottemperanza di obblighi di diritto comunitario) (69); ed è probabile che un medesimo approccio verrebbe seguito, nonostante qualche voce contraria in dottrina (70), qualora una fattispecie di tal genere riguardasse interventi delle istituzioni di Bruxelles. Il che ci sembra criticabile perchè, per lo meno in particolari circostanze, questa singolare figura giuridica (libertà dell'ente normatore di scegliere se garantire o meno certi benefici ai consociati - in applicazione del principio di eguaglianza, limiti alla revocabilità di tali benefici una volta avvenuta la loro attribuzione) potrebbe valere quale sofisticato strumento per quella articolazione del sindacato giudiziale che, come si vedrà, confliggenti spinte in merito alla "profondità" del giudizio spesso impongono alla Corte.

Per quanto riguarda infine la derivazione dal principio di eguaglianza di obblighi di facere, in particolare di facere normativi, va innanzitutto superato l'equivoco diffuso in dottrina (71) che porta a confondere questo aspetto della garanzia dell'eguaglianza con quello, del tutto distinto, della sanzione delle "discriminazioni materiali", e cioè di trattamenti ingiustificatamente eguali di fattispecie diverse. Come già si notava, infatti, una cosa è dire che l'ente normatore, se decide di adottare un certo atto o comportamento, allora è tenuto a differenziare in base a certi criteri, altra cosa è dire che esso deve comunque emanare una certa norma, parificatrice o

differenziatrice che sia, in vista della attuazione delle finalità di giustizia distributiva dell'ordinamento: perchè se nel primo caso il principio di eguaglianza si traduce in un onere, sì che un'eventuale discriminazione può essere sanata sia modificando la portata classificatoria della norma che eliminando la norma tout court rinunciando ad intervenire sul diritto vigente, nel secondo caso esso è invece fonte di un obbligo il cui adempimento richiede incondizionatamente l'esercizio di una determinata attività di rilevanza normativa.

Ciò premesso, non sembrerebbe, in generale, che sussistano ostacoli all'affermazione nel sistema giuridico comunitario di obblighi di tale natura: numerose disposizioni dei trattati impegnano i propri destinatari a tenere particolari comportamenti, spesso appunto al fine di realizzare allocazioni "giuste" di vantaggi e svantaggi fra i consociati, mentre la previsione di ricorsi per "carenze" delle istituzioni o per qualsiasi "manquement" degli Stati membri dimostra la censurabilità giudiziale di loro eventuali omissioni. Il problema, piuttosto, riguarda, di nuovo, la "profondità" del giudizio comunitario di eguaglianza, e cioè se la Corte possa correttamente considerarsi legittimata a desumere dalle clausole late e generiche in cui trovano espressione il principio e molti degli specifici divieti di discriminazione comandi dal contenuto così pregnante e limitativo dell'autonomia dell'ente normatore, e ciò soprattutto quando ciò porti ad incidere restrittivamente

sulla discrezionalità riconosciuta ad organi politici o amministrativi, sulla sovranità statale, sulla libertà negoziale privata. Rinviamo, anche qui a quanto si dirà più ampiamente in seguito sul tipo di rilievo che ci sembra opportuno simili considerazioni ricevano da parte dei giudici del Lussemburgo, basterà notare in questa sede che esse hanno comunque senz'altro influenzato il loro atteggiamento in proposito, se è vero che risultano quanto mai rari i casi in cui la Corte si è valsa dei propri poteri interpretativi per derivare dall'imperativo fondamentale dell'eguaglianza di fronte alla legge e dalle sue specificazioni precisi obblighi di facere. In dottrina è stata richiamata l'attenzione sulla sentenza De Peijper (72), nella quale si sarebbe affermato, a garanzia di una effettiva parità di trattamento nel settore dei prodotti farmaceutici fra merci interne e merci oggetto di scambio intracomunitario, un "dovere di cooperazione" fra gli Stati membri per la semplificazione delle formalità di registrazione dei medicinali di importazione (73), e sulla sentenza Kampffemeyer (74) in cui viene censurata la passività delle istituzioni nel revocare o modificare regolamenti agricoli che per le mutate condizioni del mercato risultano causa di distorsioni discriminatorie del gioco concorrenziale (75); cui aggiungerei la sentenza Choquet (76) in materia di libera circolazione delle persone nella quale in attuazione del divieto di discriminazioni fra lavoratori in ragione della loro nazionalità è stato dichiarato l'obbligo per il legislatore

statale di congegnare le proprie discipline sul rilascio di patenti di guida in modo da evitare che difficoltà linguistiche possano svantaggiare i migranti stranieri (77). La sporadicità di queste pronuncie, la scarsa chiarezza dell'enunciato (78), soprattutto la possibilità di interpretarle, secondo la distinzione già avanzata, come riferentesi ad oneri condizionanti l'esercizio dei poteri normativi più che ad obblighi in senso tecnico (79), confermano tuttavia l'impressione che il giudice comunitario sia riluttante a muoversi in questa direzione (80).

III. IL GIUDIZIO COMUNITARIO DI EGUAGLIANZA: IL MODELLO INTERPRETATIVO.

1. Il punto di partenza: la nozione "aristotelica" del principio di eguaglianza.

Significativamente chiamata a confrontarsi con i concetti di eguaglianza e discriminazione sin dai primissimi anni della sua attività, per lo più in riferimento a questioni attinenti all'art.4,b del Trattato CECA (1), la Corte di giustizia si allinea subito sulle posizioni consolidate nella prassi delle corti nazionali, adottando la già descritta nozione "aristotelica" del principio: l'eguaglianza di fronte alla legge come trattamento eguale dell'eguale e diverso del diverso.

Ciò risulta implicitamente già dal primo caso discusso e deciso dalla magistratura del Lussemburgo (2). Nel respingere un ricorso proposto dal Governo francese contro due decisioni dell'Alta Autorità CECA attestanti la compatibilità con l'art.60 del Trattato di scarti dal prezzo di listino per transazioni "singolari", purchè realizzati in eguale misura per tutte le transazioni comparabili, la Corte infatti non solo afferma la liceità di tale pratica, negando fondatezza alle censure ad essa

mosse in punto di discriminazione, ma anzi critica la pratica precedente che, non consentendo di articolare il regime dei prezzi in funzione delle peculiarità dei singoli negozi, portava a considerare discriminatorie transazioni che non lo erano: sia pure indirettamente, il giudice comunitario in tal modo già riconosce che la garanzia dell'eguaglianza rinvia necessariamente ad una valutazione comparativa delle fattispecie poste a confronto, che dia il dovuto rilievo agli elementi ad esse comuni, così come agli elementi di differenziazione. Questo approccio troverà ben presto esplicita formulazione giacché la Corte non tarderà ad affermare, secondo quello che diventerà un vero e proprio leit-motiv del diritto comunitario (3), che discriminazione significa "trattare in modo diverso situazioni comparabili" (4), così come, specularmente, "trattare in modo identico situazioni diverse" (5).

Si è già notato (6), tuttavia, come questa massima, corretto punto di partenza per l'interpretazione del principio di eguaglianza quale parametro nella valutazione di atti e comportamenti (normativi), costituisca però uno strumento teorico inidoneo a cogliere la ben più complessa struttura logico-analitica del relativo giudizio: si è anche detto che, ciononostante, per l'apparente natura di verità auto-evidente, essa venga spesso ritenuta di per sé sufficiente a motivare le scelte dell'ente giudicante, con la conseguenza di errate e fuorvianti semplificazioni. Ebbene, questo errore di impostazione

caratterizza anche la prassi comunitaria, se è vero che la Corte spesso deriva l'esistenza o meno di una discriminazione dal mero accertamento di identità o diversità nelle fattispecie, senza ritenere necessari esplicitare i criteri seguiti nell'opera di comparazione (in particolare, come si dirà, ai fini della individuazione degli elementi rilevanti) o nella soluzione di altre questioni eventualmente connesse al giudizio di legittimità delle classificazioni normative. Si consideri, fra le tante richiamabili, la sentenza Eridania (7), ove la compatibilità con il divieto di discriminazione di cui all'art.40 di alcune misure di sostegno dei settori agricoli bieticolo e saccarifero riservate ai soli produttori italiani è esclusa in base alla sola considerazione per cui "una discriminazione . . . non può verificarsi quando la disparità di trattamento delle imprese corrisponda alla diversità delle situazioni in cui queste si trovano". Dal particolare contesto in cui tale pronuncia risulta inserita appare evidente che la Corte ha in mente soltanto quelle particolari diversità di fatto fra le fattispecie a confronto che sono rilevanti rispetto agli obiettivi di ristrutturazione della produzione e razionalizzazione del mercato legittimamente perseguiti in ottemperanza dell'art.39 dalla normativa in esame; tuttavia questo aspetto non viene affatto esplicitato, così che la formula citata, secondo la sua lettera, potrebbe far ritenere che invece per la Corte sia lecito qualsiasi trattamento differenziato purchè riconducibile ad una

qualsivoglia diversità esistente fra la classe dei soggetti avvantaggiati e quella dei soggetti svantaggiati: ciò che conduce all'assurdo che in applicazione di un medesimo principio normativo, sulla base di motivazioni parimenti coerenti, sarebbero configurabili esiti decisionali del tutto opposti (8).

L'insufficiente approfondimento teorico, caratteristico peraltro di buona parte della dottrina in materia (9), da origine a ricorrenti incertezze, o a vere e proprie lacune, nel processo argomentativo, e ad altrettanto comuni ambiguità semantiche, ulteriore fonte di confusione; ciò incide negativamente sulla garanzia comunitaria dell'eguaglianza, soprattutto sotto i profili della certezza giuridica e della legittimazione dell'operato giudiziale, ed impone l'individuazione di uno strumentario concettuale più sofisticato.

## 2. Incertezze e lacune del procedimento argomentativo.

Un primo, grave limite dell'approccio tradizionale nasce dalla non compiuta ed esatta comprensione della natura relazionale del principio di eguaglianza: come già detto più diffusamente nel precedente capitolo, che la discriminatorietà o meno di una classificazione normativa dipenda dalle identità o diversità delle fattispecie poste a confronto è una affermazione vera, ma parziale, giacchè identità e diversità non varranno in

assoluto ma a seconda degli elementi delle fattispecie medesime ai quali si riterrà di dover dare rilievo ai fini della comparazione (10). Ciò non emerge con chiarezza dalla giurisprudenza. Spesso la Corte ricorre infatti ad un linguaggio "apodittico", come se identità o diversità potessero essere valutate sulla base di criteri ontologici, sussistendo in re ipsa, "obbiettivamente", al di fuori cioè di qualsiasi rapporto con fattori esterni. Così nella causa 8/57 si sostiene che l'eguaglianza degli amministrati di fronte alla regolamentazione economica non è di ostacolo alla fissazione di prezzi diversi per diversi utenti "a condizione che la diversità di trattamento corrisponda ad una differenza delle condizioni in cui essi si trovino . . . obbiettivamente determinata", e che gli eventuali sacrifici diseguali subiti dalle imprese per effetto di tale disciplina non saranno quindi discriminatori qualora risultanti da diversità di situazioni "e non da una situazione giuridica diseguale in cui la decisione le avrebbe poste" (11). E' evidente il vizio argomentativo: oltre a diversità di fatto, fra le imprese in questione sussistono, o saranno comunque ipotizzabili, anche identità o similarità sotto altri profili; dare rilievo alle prime, e non alle seconde, costituisce quindi, nonostante il diverso avviso della Corte, una scelta dell'ente normatore, fonte "di una situazione giuridica diseguale", che potrebbe infatti venir meno semplicemente modificando tale valutazione, ad esempio ritenendo influenti sugli obbiettivi perseguiti dalla

disciplina determinate caratteristiche dei rapporti sociali regolati o, viceversa, modellando su di esse i comandi normativi; con l'approccio seguito dalla sentenza tale scelta resta invece celata, con la conseguente impossibilità di pretenderne l'esplicitazione e la giustificazione (12).

Il medesimo errore di prospettiva spiega poi alcune inaccettabili affermazioni relative al concetto di discriminazione, ricorrenti nella giurisprudenza comunitaria: e cioè, che una discriminazione "presuppone l'obbligo e la possibilità di riservare un identico trattamento a tutti gli interessati" (13); che l'elemento essenziale per una violazione del principio di eguaglianza è "nel fatto di una stessa persona che tratti in modo diverso varie altre persone trovantesi in una situazione comparabile" (14); che "la nozione di comparabilità contenuta nel Trattato ha carattere obbiettivo e . . . non consente di prendere in considerazione circostanze meramente soggettive" (15). In tutti questi casi non si coglie come le caratteristiche dei soggetti attualmente o potenzialmente destinatari di una norma, quale che sia la loro natura - l'"immutabilità", l'essere effetto del diverso regime giuridico cui i soggetti si trovano sottoposti in un altro ordinamento, l'attenere a profili "personali" - rappresentano per l'ente normatore meri fatti, elementi costitutivi e qualificanti la fattispecie, e che l'esistenza o meno di una discriminazione dipenderà soltanto dalla giustificabilità del rilievo dato a tali

caratteristiche, ed alle loro eventuali particolarità, all'atto della definizione della classificazione normativa. Per esemplificare, è certo vero che il legislatore comunitario non potrà eliminare direttamente il vantaggio concorrenziale goduto da imprese di Stati terzi come effetto di benefici loro riconosciuti nell'ordinamento di origine, ma nulla esclude che l'obbiettivo della parità di trattamento degli operatori economici possa nondimeno essere perseguito col considerare tale vantaggio come un dato e con l'adattare ad esso la propria disciplina, ad esempio modificando appositamente l'ambito soggettivo di applicabilità delle disposizioni fiscali o sugli aiuti, sì da restaurare, a tutela delle imprese comunitarie, l'equilibrio turbato dai provvedimenti stranieri.

E' probabile che nell'assumere queste posizioni la Corte sia stata influenzata dalla tendenza, presente in parte della dottrina tedesca, a risolvere il problema della comparabilità fra le fattispecie e quindi dell'accertamento della discriminazione, sulla base del concetto della "natura delle cose" (16). Ma le ragioni del fascino di questo approccio, e cioè il fatto che esso sembri fondare la valutazione della liceità delle classificazioni normative su un giudizio di fatto consentendo quindi di argomentare attraverso un linguaggio apparentemente "neutrale", sono anche le ragioni della sua inadeguatezza e delle mistificazioni cui inevitabilmente conduce; perchè se, come si è ormai ripetuto più volte, nella realtà dei

rapporti sociali non esistono fattispecie che non posseggano elementi in comune e che al tempo stesso non si differenzino per altri, allora qualsiasi classificazione normativa presupporrà necessariamente una scelta in merito alla rilevanza o meno di tali elementi; e tale scelta dovrà essere portata alla luce e giustificata, perchè questa è la funzione tipica della garanzia dell'eguaglianza di fronte alla legge.

Il secondo limite nella prassi giurisprudenziale è diretta conseguenza di quello fin qui illustrato: la mancata consapevolezza della necessità, ai fini dell'applicazione del principio di eguaglianza, di un criterio sul quale fondare la valutazione comparativa fra fattispecie incluse e fattispecie escluse nella classificazione, impedisce ovviamente che si chiarisca di che cosa questo tertium comparationis consista; e cioè, secondo quanto già sostenuto (17), impedisce una esatta individuazione della "nozione materiale di eguaglianza" protetta nell'ordinamento. A considerare una buona parte della giurisprudenza sembrerebbe ad esempio che il principio comunitario di non-discriminazione si risolva essenzialmente nel "divieto dell'arbitrario" (18), giacchè la Corte limita spesso il proprio intervento all'accertamento dell'esistenza di nessi di consequenzialità tra lo scopo perseguito ed i mezzi normativi utilizzati, valutando quindi la comparabilità delle situazioni rispetto soltanto al fine proprio della disciplina. Ma ciò implicherebbe che l'unico valore tutelato sia quello della

"razionalità" delle classificazioni, quando è invece evidente che il diritto delle Comunità Europee garantisce anche altri, e più sostanziali, valori di giustizia distributiva: ed infatti, ad una lettura attenta, molte di tali sentenze mostrano di svolgere anche (19), o soltanto (20), un diverso controllo di "ragionevolezza", volto a verificare che atti o comportamenti normativi, pure internamente coerenti, non producano allocazioni di oneri o benefici che l'ordinamento riconosce a priori come ingiuste, e cioè discriminatorie.

Certo, l'atteggiamento della Corte è comprensibile: uno scrutinio in termini di mera razionalità rende più facilmente legittimabile la judicial review, implicando una minore "intrusione" del potere giudiziario nelle scelte operate dell'ente normatore. Non sembra corretto, tuttavia, che problemi attinenti alla profondità del giudizio di eguaglianza, che pure è necessario siano attentamente considerati e trovino una coerente soluzione, influiscano sul diverso aspetto della individuazione della nozione materiale di eguaglianza tutelata, con l'effetto di travisarne od offuscarne il contenuto.

Per un chiaro esempio di tali conseguenze negative si consideri il caso Ruckdeschel (21). Il Consiglio, al fine di garantire la competitività dell'amido rispetto a prodotti di sostituzione derivati dal petrolio aveva istituito a favore di tale bene un regime di restituzioni alla produzione; constatata poi la succedaneità fra l'amido ed il quellmehl, aveva ritenuto

di dover estendere il beneficio anche a tale prodotto per evitare distorsioni della concorrenza; con un regolamento successivo aveva tuttavia abrogato tale estensione, motivando col fatto che l'esperienza aveva dimostrato come invece il rapporto di succedaneità fra i due prodotti fosse "economicamente debole e persino inesistente". Nell'accogliere un ricorso presentato contro questo secondo atto, la Corte accerta una violazione del principio di eguaglianza, e ciò perchè nessuna prova era stata fornita dalle istituzioni che fossero effettivamente intervenute le asserite modificazioni nella situazione concorrenziale di amido e quellmehl. Apparentemente, il controllo si svolge sotto il solo profilo della "razionalità": la Corte accetta come un dato il fine perseguito dalla normativa, vale a dire il mantenimento di condizioni di competitività fra beni succedanei, e si limita a censurare l'errore in punto di fatto compiuto nel definire, rispetto a quel fine, la classificazione. Ma la sentenza può, e a nostro avviso deve, essere interpretata diversamente, e cioè nel senso che la Corte limita la propria indagine alla sanzione di profili di arbitrarietà solo perchè ha già, implicitamente, verificato la legittimità degli obbiettivi del regolamento alla luce dell'insieme dei valori di giustizia distributiva protetti dall'ordinamento: a tale conclusione conducono le affermazioni dell'Avvocato Generale ed i principi fondamentali del diritto comunitario dell'agricoltura, indicanti la doverosità di interventi volti a garantire agli operatori

economici la parità delle condizioni di mercato. Le conseguenze di questa diversa lettura della pronuncia non sono di poco conto. Non cogliere l'indicato passaggio nel procedimento argomentativo seguito dalla Corte finisce infatti col rendere possibile ritenere che per i giudici del Lussemburgo le istituzioni resterebbero in realtà libere di negare il beneficio in questione ai produttori di quellmehl qualora semplicemente modificassero, nell'esercizio della propria discrezionalità politica, le finalità perseguite, dichiarando cioè di non ritenere più necessario evitare le distorsioni della concorrenza causate dal proprio intervento a favore dell'amido; ciò che appare palesemente insostenibile perchè in chiaro conflitto con uno dei profili più essenziali della eguaglianza comunitaria. D'altronde prova indiretta di queste osservazioni critiche possono considerarsi le difficoltà incontrate dalla prevalente dottrina (22) nella comprensione del "funzionamento" del giudizio comunitario di eguaglianza, soprattutto per quanto riguarda la definizione di un soddisfacente criterio di comparazione, e che hanno portato o ad approcci riduttivi ed unilaterali (23) o addirittura alla rinunzia tout court a qualsiasi tentativo di ricostruzione teorica, motivata appunto col fatto che "la comparabilité des situations ayant vocation à l'égalité de traitement s'avère . . . une notion relativement complexe et délicat à appréhender" e che per questo "la jurisprudence offre . . . peu de règles communes et transposables d'une hypothèse à

l'autre permettant de mieux cerner les caractères des comparabilité" (24).

Il terzo limite che ci preme qui sottolineare rappresenta probabilmente anch'esso un effetto indiretto delle semplificazioni cui il ricorso alla massima "aristotelica" dell'eguaglianza, per la sua apparente forza argomentativa, conduce, ed è dato dalla non sempre chiara distinzione, in dottrina e giurisprudenza, fra tre ipotesi concettualmente distinte: incensurabilità di una classificazione normativa per incompetenza dell'ordinamento comunitario a disciplinarla; liceità di una classificazione normativa per compatibilità con la nozione materiale di eguaglianza protetta; liceità di una classificazione normativa, in sé discriminatoria, in virtù di una deroga ammessa dall'ordinamento alla operatività del principio di eguaglianza. Così, in Groupment des industries siderurgiques luxembourgeois (25) la Corte afferma che il persistere di ostacoli alla piena efficienza del mercato derivanti da atti di politica economica generale degli Stati membri "non da luogo a discriminazioni vietate dal Trattato ma è la conseguenza necessaria ed inevitabile del fatto che il Trattato ha solo parzialmente realizzato l'integrazione"; mentre sembrerebbe più appropriato dire che il Trattato CECA, in particolare l'art.4,b, semplicemente non si applica a fattispecie del genere, pure quando queste risultino palesemente in conflitto con il fondamentale divieto, ivi sancito, di differenziazioni che

falsino il gioco concorrenziale. Oppure, in Wagner (26), la sinteticità delle motivazioni della Corte non consente di chiarire se l'interesse delle autorità a non incorrere in spese amministrative sproporzionate, da cui viene derivata l'"obbiettiva giustificazione" della diversità di trattamento posta in essere dal regolamento in questione, costituisca un interesse di per sé coerente con i valori di giustizia distributiva protetti o invece, come sembra più probabile, un interesse esterno alla nozione di eguaglianza che consenta di derogare alla garanzia di pari condizioni di concorrenzialità fra produttori o fra consumatori di cui all'art.40,3,2. Queste distinzioni potrebbero sembrare eccessive perché, in fin dei conti, l'esito del giudizio in ciascuna delle tre ipotesi è, apparentemente, il medesimo, e cioè la mancata sanzione dell'atto o comportamento normativo impugnato. In realtà, come già si accennava, e come risulterà con più evidenza dal prosieguo del lavoro, al diverso fondamento teorico di tale esito sembra corretto far corrispondere regimi normativi diversi, e produttivi di effetti altrettanto distinti. L'incompetenza, ad esempio, non esclude che la fattispecie sottratta alla disciplina comunitaria confligga con i principi desumibili in via di astrazione dalle norme dell'ordinamento e lascia quindi aperta la possibilità di una sua valutazione, e di una sua eventuale censura per discriminatorietà, qualora l'ambito di applicazione del diritto comunitario si estenda, sia pure indirettamente come accadrebbe

(anzi, come nei fatti accade) qualora i poteri riservati degli Stati membri vengano in linea di principio funzionalizzati al conseguimento degli obbiettivi dell'integrazione. D'altro canto, riconoscere che una certa classificazione costituisce una deroga al principio fondamentale dell'eguaglianza significa legittimare un controllo giudiziale più penetrante di quello esercitabile nei confronti di discipline intrinsecamente non discriminatorie, consentendo quindi interpretazioni restrittive dei presupposti di fatto e di diritto richiesti per l'operatività della deroga, verifiche attente della "razionalità" del comando normativo, e così via.

### 3. Ambiguità semantiche.

Agli indicati limiti dell'approccio tradizionale al giudizio comunitario di eguaglianza, ed alle incertezze e lacune nel relativo procedimento argomentativo che ne conseguono, corrispondono, e sono causa di ulteriori difficoltà, alcune ricorrenti ambiguità semantiche: improprietà di linguaggio che rivelano e confermano l'insufficiente approfondimento teorico.

Queste ambiguità si manifestano innanzitutto nella definizione del rapporto da stabilire fra i concetti di discriminazione da un lato, e di analogia, comparabilità, diversità delle fattispecie dall'altro. Per esempio, spesso si

afferma che il principio di eguaglianza impone "di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvochè una differenza di trattamento sia . obbiettivamente giustificata" (27), giustificazione che viene poi derivata da "diversità obbiettive" delle situazioni poste a confronto (28): mentre è evidente che tali diversità per definizione fanno venir meno la analogia o comparabilità e, appunto per questo, escludono l'esistenza di una discriminazione. In un'altra sentenza si legge invece che "dal diverso trattamento fatto a situazioni non comparabili non consegue automaticamente l'esistenza di una discriminazione" giacchè "una discriminazione formale apparente può . . . corrispondere, in fatto, ad assenza di discriminazione materiale", quest'ultima consistendo "sia nel trattare in modo diverso situazioni analoghe, sia nel trattare in modo identico situazioni diverse" (29): con il che, da un lato, sembra che si ammetta la possibilità che disparità di trattamento di situazioni non comparabili possano condurre ad una discriminazione (in contraddizione con la prima ipotesi enunciata di "discriminazione materiale"), dall'altro, si introduce una distinzione, quella appunto fra discriminazioni "formali" e discriminazioni "materiali", che può ingenerare confusione, giacchè col primo termine sembra che la Corte intenda qualsiasi ipotesi di diversità di trattamento, lecita o illecita che sia, mentre col secondo si riferisce a tutte le classificazioni normative che diversifichino o parifichino in violazione del principio di

eguaglianza, e cioè a quelle che andrebbero più semplicemente qualificate come discriminazioni tout court.

Un secondo equivoco terminologico, implicito nel passo testè citato, è poi quello che si realizza allorché si confonde fra identità di trattamento, e cioè pari applicabilità di una norma a determinate classi di soggetti, ed eguaglianza di trattamento, e cioè legittimità in punto di eguaglianza ("razionalità" e "ragionevolezza", come si diceva) della classificazione utilizzata: la prima qualifica implica infatti una mera questione di fatto, la seconda un giudizio di valore in base alla nozione di giustizia distributiva protetta dall'ordinamento, e, data la natura relazionale del principio di eguaglianza, non è assolutamente detto che esse coincidano in qualunque ipotesi. Così, quando nelle sentenze Balkan (30) e Faust (31) si afferma, rispettivamente, che "i Trattati non sanciscono un principio generale secondo cui la Comunità deve garantire la parità di trattamento, sotto ogni aspetto, anche nell'interscambio extracomunitario" e che "non esiste nel Trattato un principio generale che imponga alla Comunità, nelle relazioni esterne, di consentire sotto tutti gli aspetti un trattamento eguale ai vari paesi terzi" (32), a nostro modesto avviso, a differenza di quanto ritiene la prevalente dottrina (33), non si intende affatto dire che tali settori del diritto comunitario sfuggono completamente alla garanzia dell'"eguaglianza di fronte alla legge", ma soltanto, e sia pure

con un linguaggio senz'altro ambiguo, che non esiste in tali situazioni un obbligo aprioristico di realizzare l'identità di trattamento normativo, e cioè, appunto, l'estensione della medesima norma a tutte le fattispecie configurabili in materia. Ed infatti, non a caso, in entrambe le sentenze la Corte fa seguire tale solenne enunciato da argomentazioni con le quali nei fatti giustifica la classificazione sottoposta al suo esame fornendo ragioni per le disparità di trattamento da essa causate (34): ciò che sarebbe stato del tutto superfluo se effettivamente il principio di eguaglianza non avesse trovato applicazione.

Infine, ci sembra opportuno precisare il significato di tre termini, spesso usati, soprattutto nella letteratura, come sinonimi o confusi l'uno con l'altro (35), e che invece costituiscono concetti distinti anche se spesso collegati ed interdipendenti. Per discriminazione de facto (o materiale) va intesa la disciplina ingiustamente indifferenziata di fattispecie differenti, e cioè la discriminazione che consegue alla violazione della seconda parte della massima "aristotelica", l'eguaglianza come trattamento diverso del diverso (36). Discriminazione occulta (o disguised, o deguiseé) è invece quella che si coglie dando rilievo, ad di là della lettera della norma, al suo reale ambito di applicazione soggettiva, e cioè ai veri destinatari del comando o a quelli fra costoro che ne traggono (ingiustificati) costi o benefici (in questa seconda ipotesi, poichè all'origine della discriminazione sarà necessariamente la

diversità di condizione di tali soggetti, si avrà al tempo stesso una discriminazione materiale). Non configurerà perciò una de facto discrimination (37) ma, appunto, una disguised discrimination l'ipotesi di divieti al commercio che, pur risultando applicabili a qualsiasi operatore economico, di fatto limitano l'attività dei soli importatori per la semplice ragione che manca una qualsiasi produzione nazionale nel particolare settore merceologico cui esse si applicano: qui, infatti, non si è di fronte ad una disciplina ingiustificatamente eguale di fattispecie diverse, ma piuttosto ad una disciplina che nonostante le apparenze risulta ingiustificatamente gravare solo su una limitata classe di destinatari. La discriminazione occulta emergerà invece da una discriminazione materiale nella diversa ipotesi in cui una disciplina sul commercio effettivamente applicabile sia ai beni destinati a scambi interni che ai beni oggetto di scambi intracomunitari si traduca in una restrizione immotivata solo per questi ultimi, appunto a causa di loro obiettive diversità. Discriminazione indiretta, infine, è quella che si individua dando risalto ai soggetti che, pure restando correttamente esclusi dall'imperio dell'atto o comportamento oggetto di scrutinio, subiscono gli effetti di questo e risultano così sottoposti, sia pure in via meramente riflessa, ad un trattamento, deteriore o privilegiato, in sé in conflitto con i valori di giustizia distributiva tutelati dall'ordinamento.

4. Necessità e contenuti di un modello interpretativo più sofisticato.

Le incertezze e contraddizioni sin qui illustrate riflettono una non esatta e piena comprensione del funzionamento del "giudizio comunitario di eguaglianza", e cioè dei vari elementi del processo logico-argomentativo attraverso il quale si svolge la valutazione giudiziale della conformità di atti e comportamenti normativi al principio fondamentale dell'eguaglianza giuridica. L'"offuscamento" che ne consegue di passaggi analitici essenziali e necessitati per l'accertamento di una discriminazione comunitariamente rilevante incide negativamente sotto due profili: sotto quello della legittimazione delle scelte giurisprudenziali, perchè, come ormai più volte rilevato, impedisce un efficace ed esaustivo controllo sulle motivazioni; sotto quello della prevedibilità e della certezza giuridica, perchè non consente ai soggetti di diritto comunitario di comprendere esattamente i margini e le forme in cui l'ordinamento delle Comunità li garantisce da diseguaglianze ingiustificate.

Ciò emerge già dalle osservazioni svolte nei precedenti paragrafi, ma può essere ulteriormente evidenziato prendendo ad esempio la menzionata giurisprudenza in materia di relazioni commerciali con Stati terzi. Come si è detto, è opinione prevalente e quasi indiscussa che nella sentenza Balkan la Corte

abbia enunziato la teoria, consolidatasi attraverso conformi pronuncie nei successivi casi Duerbeck, Faust, Edeka, secondo la quale il principio di eguaglianza non troverebbe alcuna applicazione in relazione ad atti assunti dalle istituzioni in tale particolare settore; si è anche visto come però, nei fatti, la Corte, sia pure in modo indiretto, argomenti in merito alle disparità di trattamento prodotte dai regolamenti impugnati, e dunque adempia a quella che è la funzione più tipica del riconoscimento dell'eguaglianza quale principio di legalità superiore. Ci si può chiedere quali siano le cause, e quali gli effetti, di tale ambiguità. In realtà qui si cumulano diversi equivoci. Il primo è stato già richiamato, e deriva da una improprietà di linguaggio, a sua volta espressione di persistenti difficoltà nel cogliere la natura intrinsecamente relazionale del principio di eguaglianza: e cioè la confusione fra "identità" di trattamento, cui evidentemente la Corte si riferisce, ed "eguaglianza" di trattamento, effetto di un fraintendimento sul contenuto del principio, giacchè questo mai, o quasi (38), si traduce in un imperativo generalizzato di pari applicabilità delle norme, ma piuttosto impone la verifica della compatibilità di qualsiasi trattamento normativo, paritario o differenziato che sia, con i valori di giustizia distributiva protetti dall'ordinamento. Insomma, che non esista per le Comunità un obbligo di trattare gli Stati terzi sempre e comunque nel medesimo modo è una affermazione ovvia, ma che può valere per

qualsiasi altra ipotesi, non essendo difficile immaginare, date due fattispecie, un qualche elemento obiettivo di differenziazione che ne richieda una disciplina differenziata; diverso, e senz'altro errato, è invece desumere da tale constatazione l'inapplicabilità tout court del giudizio di eguaglianza e del controllo sulle ragioni delle classificazioni normative in cui esso si sostanzia. Il secondo equivoco riguarda invece una questione di competenza a giudicare, in particolare di competenza ratione subjecti sotto il profilo della individuazione dei soggetti garantiti nel foro -comunitario da pratiche discriminatorie. In tutti questi casi, infatti, gli interessi in gioco non sono tanto quelli degli Stati terzi sottoposti ad un trattamento sfavorevole, quanto piuttosto quelli degli importatori comunitari che, per effetto di tali misure, subiscono una "discriminazione indiretta" vedendosi negati, a differenza dei loro concorrenti, determinati benefici. Ora, non ci si può limitare a risolvere tale aspetto osservando, come fa la Corte, che "se una differenza di trattamento fra i paesi terzi non è incompatibile col diritto comunitario, non si può nemmeno considerare incompatibile con tale diritto la differenza di trattamento fra operatori economici comunitari che sia solo una conseguenza automatica" di questo (39); e ciò per il semplice motivo che la diversità delle parti ricorrenti può riflettersi anche sul contenuto della nozione materiale di eguaglianza, nel senso che questa, pur non riconoscendo agli Stati terzi alcuna

pretesa alla parità di trattamento, può nondimeno, e senza alcuna contraddizione, garantire i privati nella medesima materia delle relazioni commerciali esterne rispetto ad altri profili di irragionevolezza o irrazionalità. Per esemplificare, nei confronti di una decisione del Consiglio che restringesse le importazioni di un certo bene dalla Repubblica di S.Marino a tutto vantaggio di flussi commerciali corrispondenti dal Principato di Monaco e che risultasse in tal modo fonte di una discriminazione fra la Francia e l'Italia, o fra gli operatori economici di tali paesi, oppure, presumendo lecita tale scelta di politica commerciale, di una misura della Commissione che vi desse attuazione attraverso classificazioni o comandi normativi palesemente irrazionali, potrebbe anche ritenersi esclusa una possibilità di reazione dello Stato terzo direttamente leso, sul corretto presupposto che nè il diritto internazionale generale, nè il Trattato di Roma riconoscono a vantaggio di tali enti alcuna pretesa alla non-discriminazione; ma ciò non esclude affatto che contro quegli stessi provvedimenti potrebbero esercitarsi azioni di Stati membri o di privati in nome di propri interessi alla parità di trattamento, ad essi direttamente garantiti dall'ordinamento comunitario, e presumibilmente lesi dalle scelte normative delle istituzioni (40). Il terzo equivoco, infine, è quello che consente, in un certo senso, di comprendere l'atteggiamento complessivo della Corte, in particolare la eccessiva decisione con cui afferma l'"insussistenza" del

principio di non-discriminazione nella indicata materia: vale a dire, l'equivoco fra applicazione giudiziale del principio di eguaglianza e "profondità" dello scrutinio in tal modo esercitato. Ci sembra evidente, infatti, che nei casi in esame la Corte viene influenzata dalla natura dei provvedimenti impugnati, e cioè dal loro riguardare una materia, quella delle relazioni esterne, altamente "politica" e rispetto alla quale difficilmente si legittimano interventi del potere giudiziale. Ma il self-restraint della Corte è fuori misura. Come dimostra l'esempio più su proposto, possono senz'altro ipotizzarsi casi in cui atti di politica estera comunitaria, o perchè fonti di disparità di trattamento inequivocabilmente arbitrarie, o perchè lesivi di componenti fondamentali della nozione materiale di eguaglianza, possono e debbono essere sottoposti alla valutazione ed alla sanzione dei giudici del Lussemburgo. L'errore, in questo caso, è dunque quello di considerare il problema (reale) dei rapporti fra judicial review ed indipendenza delle istituzioni politiche, o altri valori limitativi in generale della sindacabilità giudiziale delle scelte normative, nei termini di un'alternativa assoluta, senza considerare cioè la possibilità che, mantenendo ferma in linea di principio la sottoponibilità al controllo di "razionalità" e "ragionevolezza" di qualsiasi atto o comportamento normativo, si "gradui" il controllo stesso, variandone le forme e la penetranza a seconda degli interessi in gioco in ciascun caso concreto e del bilanciamento che questi

impongono fra "interventismo" e "astensione" giudiziale. Fin qui le cause dell'ambiguità della "dottrina Balkan". Quanto agli effetti, questi sono evidenti: l'occultamento di potenzialità di garanzia che, correttamente interpretato, il diritto comunitario, sia pure entro determinati limiti, senz'altro offre agli operatori economici o ad altri soggetti a fronte di misure di politica estera commerciale (42); e dunque, una immotivata compressione della protezione offerta (e della legittimazione del sistema politico comunitario così prodotta) dal riconoscimento della Grundnorm della eguaglianza di fronte alla legge.

Le osservazioni critiche fin qui svolte chiariscono in quale senso dovrebbe attuarsi la maggiore "sostanziazione" del modello interpretativo del giudizio comunitario di eguaglianza, e con ciò definiscono i successivi sviluppi della nostra indagine.

La prima questione da considerare, in quanto logicamente antecedente nella valutazione da parte del giudice comunitario della legittimità di una classificazione normativa, è quella della competenza. La natura "derivata" dell'ordinamento, il fatto cioè che le Comunità godano di una definita gamma di "competenze d'attribuzione" ad esse trasferite dagli Stati membri, impone alla Corte, chiamata ad applicare il principio di eguaglianza, di accertare preliminarmente che la fattispecie in esame ricada sotto il controllo del diritto comunitario. Si tratta, com'è chiaro, di un problema generale, che si presenta,

più o meno esplicitamente, in ogni caso proposto all'esame dei giudici di Lussemburgo, e che verrà quindi trattato solo nei suoi termini essenziali, per le influenze, come si è visto notevoli, che può avere sul fenomeno oggetto della presente ricerca.

La seconda questione che si presenta al giudice comunitario, una volta verificata la propria competenza a conoscere di una data fattispecie, attiene alla liceità in punto di eguaglianza dell'atto o comportamento normativo impugnato. A tal fine, secondo la ricostruzione del giudizio di eguaglianza precedentemente proposta, sarà necessario individuare la nozione materiale di eguaglianza protetta dall'ordinamento, e cioè sia il sistema di valori di giustizia distributiva, quali risultano da norme e principi di diritto positivo (in particolare, dalle "fattispecie tipiche di discriminatorietà"), dai quali derivare il criterio per quella comparazione fra soggetti inclusi e soggetti esclusi in cui si sostanzia l'accertamento della discriminatorietà o meno della classificazione normativa, sia le deroghe che l'ordinamento eventualmente ammette, a tutela di superiori valori ed interessi, alla operatività del principio di eguaglianza, e che consentono di fare salva la liceità di atti e comportamenti normativi altrimenti sanzionabili come discriminatori. E poichè questo procedimento argomentativo si svolge sulla base di una particolare "retorica", caratterizzata da ben precisi "luoghi" concettuali e strumenti dialettici, e d'altro canto esige una adeguata organizzazione del processo (una

"tutela giurisdizionale differenziata"), anche la "struttura" del giudizio comunitario di eguaglianza dovrà essere fatta oggetto di analisi.

Infine dovrà essere affrontato il problema della "profondità" del controllo, e cioè dei limiti e delle condizioni entro le quali il potere giudiziale può legittimamente sostituire la propria valutazione a quella dell'ente normatore, eventualmente censurandone le scelte e l'operato. Come già si notava ad una alternativa assoluta fra illimitato "interventismo" e piena "astensione" sembra preferibile un approccio più moderato, che adatti il rigore dello scrutinio alle peculiarità di ciascun singolo caso. A tal fine l'indagine dovrà allora concentrarsi da un lato, sugli interessi, riconosciuti dall'ordinamento, che spingono nell'una o nell'altra direzione, e cioè accentuando o diminuendo necessità e possibilità della garanzia giudiziale; dall'altro, sugli strumenti tecnici attraverso i quali può attuarsi tale "articolazione" del giudizio.

IV. LA COMPETENZA.

Le Comunità Europee godono di una definita gamma di "competenze d'attribuzione", ad esse trasferite dagli Stati membri ed in riferimento alla quale si definiscono fondamento e limiti della loro azione. Questo aspetto essenziale della "costituzione" comunitaria, caratterizzante sotto vari profili la "sovranazionalità" dell'ordinamento (1), verrà sinteticamente trattato in questa sede soltanto per la rilevanza che assume ai fini della garanzia giudiziale dell'eguaglianza: come già si notava, confrontato con una classificazione normativa di cui si allega la discriminatorietà per contrasto con valori ed interessi di giustizia distributiva comunitariamente protetti, il giudice comunitario deve infatti preliminarmente verificare che il diritto che è chiamato ad interpretare ed applicare sia, appunto, competente a disciplinare fattispecie del genere di quella oggetto di esame:

Alla chiarificazione di questo distinto stadio analitico del giudizio comunitario di eguaglianza (2) sono dedicate le prossime pagine nelle quali si cercherà di indagare, sia pure sommariamente: sulla "statica" delle competenze, e cioè sul conferimento inizialmente operato per mezzo dei trattati istitutivi; sulla "dinamica" delle competenze, e cioè sulle variazioni, in senso estensivo o restrittivo, che queste possono

subire, in particolare attraverso gli strumenti dell'ermeneutica giudiziale; e, infine, sui rapporti fra competenza comunitaria (e relativi limiti) e discriminazioni, e cioè sulle influenze reciproche che sotto diversi profili possono venirsi a stabilire fra tali elementi nella prassi del contenzioso comunitario.

1. La statica delle competenze.

1.1. ratione materiae

In questa sede non ci interessa individuare quale ambito materiale di applicazione una classificazione normativa debba avere per ricadere nelle tre aree di diritto comunitario scelte a campione per il nostro studio, e per essere quindi valutabile alla luce dei divieti di discriminazione connessi alle relative discipline, potendosi fare agevolmente rinvio a tal fine alla ampia letteratura specialistica già esistente in tema (3). Secondo la impostazione metodologica generalmente seguita in questo lavoro, di tale materiale d'indagine ci si servirà piuttosto per derivare alcune considerazioni di portata generale, valide per la ricostruzione, rispetto a questo profilo particolare, del giudizio comunitario di eguaglianza.

Su due dati ci sembra vada richiamata soprattutto l'attenzione. Innanzitutto va notato che, a differenza di quanto per lo più accade nell'ambito di sistemi politici non unitari di tipo statale (federazioni o stati caratterizzati da forme di decentramento autonomistico), nel sistema comunitario il riparto delle competenze non avviene "per settori", e cioè in vista della disciplina (sotto qualsiasi rispetto) di predeterminate categorie di situazioni o rapporti sociali, ma "per scopi", vale a dire strumentalmente al conseguimento di un certo insieme di obbiettivi. Certo, la definizione spesso dettagliata di tali obbiettivi contenuta nei trattati istitutivi finisce di frequente col tradursi nella precisazione delle materie su cui dovranno prevalentemente esercitarsi i poteri devoluti; tuttavia ciò non esclude in alcun modo che i due criteri di riparto restino, concettualmente e praticamente, distinti, come risulterà chiaro allorchè si tratterà della "dinamica" delle competenze, e come si può già comprendere se si considera che il ricorso al secondo criterio, piuttosto che al primo, implica comunque la possibilità di argomentare sull'incompetenza, allegando l'inefficacia strutturale di un certo tipo di interventi normativi rispetto agli obbiettivi istituzionali, anche quando cioè essi siano riconducibili a "materie (apparentemente) attribuite". Questo aspetto del sistema di enumerated powers delle Comunità appare evidente qualora si ponga mente alle discipline degli artt. 30 e ss. e 48 e ss. del Trattato di Roma, le quali fissano alcuni

"obblighi di risultato" per gli Stati membri, l'eliminazione di ostacoli alla libera circolazione rispettivamente delle merci e dei salariati nel mercato comune, e modellano su di essi le competenze dell'ordinamento: il che significa, ad esempio, che le istituzioni non possono regolare il trattamento dei lavoratori dipendenti, anche se migranti, in quanto tale, ma soltanto nella misura in cui tale intervento sia necessario per le indicate finalità di liberalizzazione. Nonostante le apparenze, ciò vale anche quando i trattati prevedono l'instaurazione di politiche comuni affidandone la gestione alle istituzioni; come mostra il caso dell'agricoltura, perchè se è vero che il solenne enunciato dell'art.38 (per cui essa, insieme al commercio dei relativi prodotti, è "(c)ompresa nel mercato comune"), in combinato con l'art. 43 che investe Commissione e Consiglio di ampi poteri in vista della elaborazione ed attuazione appunto di politiche agricole comuni, potrebbe far pensare ad un incondizionato riconoscimento di "competenze di settore", è anche vero che l'art.39 vincola tali politiche al conseguimento di ben precise "finalità", mentre l'art. 40,3,2, espressamente impone che esse non trasmodino da tali obbiettivi: per cui, in ipotesi, misure comunitarie di controllo dell'attività agricola per ragioni di tutela dell'ambiente potrebbero essere viziate di incompetenza qualora non se ne potesse dimostrare l'utilità, sia pure indirettamente, rispetto a talune di quelle finalità, ad esempio lo "sviluppo razionale della produzione" o l' "impiego migliore

dei fattori produttivi" in vista di incrementi della produttività dei relativi mercati.

L'altro aspetto da rimarcare, anch'esso di fondamentale importanza, è che i trattati istitutivi attribuiscono allo stesso ordinamento comunitario la c.d. Kompetenz-Kompetenz, vale a dire sia la competenza, in generale, a regolare qualsiasi modificazione del riparto di competenze (cfr. gli artt. 235 e 236 del Trattato di Roma), sia anche, ciò che più interessa ai fini del nostro studio, la competenza a risolvere qualsiasi questione relativa all'interpretazione ed applicazione delle relative norme (essendo la Corte di giustizia titolare del "monopolio" della funzione giurisdizionale all'interno delle Comunità (4) ). Il che trova indiretta conferma nella coerente insistenza della Corte sulla natura "comunitaria" dei concetti utilizzati dalle varie clausole dei trattati attributive di competenza, sì che, ad esempio, si esclude che ciascuno Stato membro possa nella sua discrezionalità dare un diverso contenuto alla nozione di lavoratore subordinato ai fini dell'applicabilità della disciplina di cui all'art.48 e ss. (5), oppure si afferma che, nell'ambiguità sul punto del diritto vigente, spetta alle istituzioni elaborare una definizione generale ed uniforme di "azienda agricola" onde precisare sotto tale profilo l'ambito di operatività delle norme del Titolo II, Parte II del Trattato CEE (6).

1.2. ratione subjecti

Non ci sembra esistano particolari limiti di competenza del giudizio comunitario di eguaglianza in relazione alla natura dei soggetti interessati passivamente (come destinatari) o attivamente (come fonte) dalla classificazione normativa.

Sotto il primo profilo, chiunque, e cioè istituzioni, Stati membri, privati (ivi inclusi Stati terzi agenti jure privatorum e loro nazionali), può ricorrere nel foro comunitario (7) contro atti o comportamenti ritenuti causa di disparità di trattamento discriminatorie, una volta soddisfatte le condizioni relative alla legittimazione ed all'interesse ad agire: ciò che tendenzialmente non è difficile accade, se si considera l'organizzazione della funzione giurisdizionale nelle Comunità - in particolare la possibilità per istituzioni e Stati membri di promuovere controlli "obbiettivi" di legittimità, e per i privati (nonostante le "strette" procedurali su cui si dirà criticamente in seguito (8) ) di difendere in giudizio le proprie situazioni giuridiche di diritto comunitario - così come anche l'affermazione della vigenza nell'ordinamento del principio "puro" di eguaglianza, e quindi di un generalizzato "divieto dell'arbitrario", ed il riconoscimento della sanzionabilità di forme di discriminazione "indiretta" (9), con la conseguente estensione dei profili di illiceità classificatoria sui quali fondare azioni giudiziali. Naturalmente, cosa diversa sarà poi

verificare che nella concreta fattispecie oggetto di valutazione vi sia competenza ratione materiae, e, successivamente, che la classificazione valutata effettivamente confligga con la nozione materiale di eguaglianza protetta: che è ciò di cui in realtà si discute, anche se non sempre avendone piena consapevolezza, quando ad esempio ci si chiede se fra i "produttori" o i "consumatori" che l'art.40,3,2, vieta siano discriminati dalle organizzazioni comuni dei mercati agricoli rientrino anche gli importatori, gli esportatori o i trasformatori di prodotti agricoli (10), oppure chi siano i beneficiari del fondamentale principio di non-discriminazione di cui all'art.7 (11).

Sotto il secondo profilo valgono simili considerazioni: il giudizio comunitario di eguaglianza potrà svolgersi, sia pure secondo forme ed in base a presupposti diversi, nei confronti di atti o comportamenti normativi sia di istituzioni, sia di Stati membri (12), sia di privati (intendendo tale categoria nel lato senso più su indicato) (13). I parametri del controllo di "ragionevolezza" e "razionalità" potranno certo variare a seconda della natura dell'ente le cui scelte classificatorie sono sottoposte al sindacato giudiziale: ma ciò dipenderà, di nuovo, dai limiti di competenza materiale dell'ordinamento o dai valori di giustizia distributiva che esso tutela; mentre dovrà ritenersi a tal fine per lo più irrilevante la circostanza che la norma positiva contenente il divieto di discriminazione di cui è invocata l'applicabilità si indirizzi espressamente ad una certa

categoria di soggetti piuttosto che ad un'altra (14). Così nulla si oppone in linea di principio (come sarebbe, in ipotesi, qualora l'ordinamento comunitario regolasse soltanto rapporti intestatuali) a che vengano valutati per lesione del principio comunitario di eguaglianza atti o comportamenti di soggetti di diritto privato, persone fisiche o giuridiche, come appare evidente dall'esistenza negli stessi trattati, oltre che in norme secondarie, di comandi di cui essi sono destinatari diretti (15); un'altra questione sarà poi che l'ordinamento ritenga tali atti o comportamenti rilevanti, perchè effettivamente incidenti sulle finalità da esso perseguite, soltanto a particolari condizioni, ad esempio soltanto quando siano in grado per il "potere di mercato" di chi li adotta di influire in qualche modo sull'andamento del processo di integrazione economica (16); oppure che, a tutela del valore dell'autonomia negoziale o in generale della libertà individuale, il giudice comunitario consideri dovuto un atteggiamento di self-restraint sanzionando solo certe ipotesi particolari, per forma o per gravità, di discriminazione (17). Parimenti, la competenza del giudice comunitario a valutare la legittimità delle classificazioni normative non varierà, ratione subiecti, a seconda che entrino in gioco decisioni degli organi di Bruxelles oppure delle autorità nazionali, anche se potranno variare (come si vedrà fra breve affrontando il tema dell' "incorporation"), ma sempre per ragioni attinenti al riparto delle competenze materiali o al contenuto

della nozione di eguaglianza protetta o alla "profondità" del giudizio, i parametri rispetto ai quali tale valutazione viene svolta.

### 1.3. ratione loci

Nessun particolare problema sorge per quanto riguarda l'individuazione dell'ambito territoriale che deve essere interessato da una classificazione normativa affinché sussista la competenza del giudice comunitario a valutarla in punto di eguaglianza. Ai sensi dell'art.227 la jurisdiction delle Comunità Europee coincide, grosso modo (18), con gli spazi fisici su cui si estende, secondo il diritto internazionale, la sovranità degli Stati membri (19): qualsiasi atto o comportamento posto in essere all'interno di tali confini ricadrà per ciò stesso sotto gli imperativi delle norme comunitarie in generale, e quindi anche di quelle in materia di non-discriminazione. Quanto invece ad atti o comportamenti adottati fuori da tali spazi, in particolare nel territorio di uno Stato terzo, alcuni passi della giurisprudenza della Corte porterebbero a ritenere sufficiente per la loro disciplina da parte dell'ordinamento che essi producano effetti all'interno delle Comunità (20), ferma restando naturalmente la distinta questione se tale applicazione "extraterritoriale" del diritto comunitario possa valere anche a fronte di confliggenti

pretese di Stati terzi parimenti interessati alla disciplina della stessa fattispecie (21): questione rispetto alla quale le Comunità hanno assunto posizioni ambigue o contraddittorie, anche se recenti vicende sembrano indicare un loro allineamento sulla tendenza, probabile riflesso di una emergente norma di consuetudine internazionale, ad affrontare tali "conflitti interstatali di giurisdizione" ricorrendo ad una procedura di ponderazione in buona fede degli interessi sovrani in gioco finalizzata alla garanzia nella maggior misura possibile del fondamentale diritto di ogni Stato all'indipendente governo della propria comunità nazionale (22).

## 2. La dinamica delle competenze.

Il riparto di competenze in sistemi giuridici non unitari è strutturalmente dinamico: perchè l'evolversi sia dei fenomeni sociali controllati dall'ordinamento che delle ideologie sottostanti la costituzione materiale di questo è facile rendano politicamente inattuale l'allocazione originaria; perchè la necessaria genericità delle regole attraverso le quali esso si realizza lascia comunque ampi margini alla discrezionalità dell'interprete; perchè è inevitabile che proprio in applicazione di tali regole, quale che sia il criterio di riparto adottato, si producano situazioni di concorrenza, e quindi di potenziale

conflitto, di competenze, situazioni che richiedono di essere disciplinate. Come mostrano analisi di diritto comparato (23), questa dinamica viene poi per lo più "indirizzata" dallo stesso ordinamento a favore di questo o quello dei centri di potere che compongono il sistema, o attraverso espresse norme o principi di diritto positivo, o, più frequentemente, attraverso l'elaborazione di apposite dottrine da parte dell'organo chiamato a garantire il rispetto del riparto.

L'ordinamento comunitario affronta questa problematica palesemente orientato da quello che potrebbe definirsi un "favor integrationis illuminato": e cioè, da un lato, prevedendo l'estensione, o la prevalenza, delle competenze delle Comunità ogni qual volta ciò risulti necessario per il consolidamento o lo sviluppo dei propri obiettivi istituzionali, dall'altro, facendo della salvaguardia del "dominio riservato" degli Stati membri un elemento fondamentale della propria costituzione di ente "sovranzionale", la cui compromissione immotivata o comunque prematura (vale a dire: inutile per la costruzione comunitaria o funzionale a questa ma riflesso di livelli di integrazione troppo avanzati per poter essere oggetto di consenso e legittimazione) è ritenuta di ostacolo alla stabilità ed al progresso dello stesso processo integrativo.

Vale chiaramente in tal senso la fondamentale disposizione dell'art.235 del Trattato di Roma, ai sensi della quale il Consiglio, su proposta della Commissione e dopo aver

consultato il Parlamento europeo, può prendere "le disposizioni del caso" quando "(u)n'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il Trattato abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti". Con questa norma, infatti, viene prevista una procedura, distinta da quella di revisione dei trattati istitutivi (disciplinata dal successivo art.236), che permette alle stesse istituzioni, vale a dire ad organi propri delle Comunità, di modificarne in senso estensivo sia i "poteri" che, anche, le "funzioni" (24) in base a proprie autonome determinazioni. Un'attribuzione di Kompetenz-Kompetenz che però poi la stessa norma, dando il giusto rilievo all'interesse degli Stati membri a non subire "espropriazioni" indebite di competenze, provvede a limitare: col richiedere che le relative deliberazioni vengano prese dal Consiglio alla unanimità, dunque con il consenso dei rappresentanti di tutti i Governi nazionali; e col sottoporre l'azionabilità della procedura ad una serie di condizioni, in particolare (25) quella per cui l'estensione deve risultare strumentale al conseguimento delle finalità istituzionali dell'ordinamento, quali derivabili dal combinato disposto del Preambolo e dell'art.2, e cioè "nel funzionamento del mercato comune", vale a dire in relazione a quei definiti obiettivi di integrazione economica (libera circolazione dei fattori della produzione e garanzia della libera concorrenza nello spazio economico comunitario, adozione di una politica

commerciale e di una tariffa doganale comune nei confronti degli Stati terzi, istituzione di una politica comune in materia di agricoltura e trasporti), enunciati dall'art.3 e specificati nelle successive discipline di dettaglio, che il Trattato individua come i (soli) mezzi cui ricorrere in vista di quelle finalità (26). L'art.235 tuttavia può interessare un'indagine sul giudizio comunitario di eguaglianza solo indirettamente e marginalmente: per l'ipotesi, in realtà meramente teorica (27), che possa venir sanzionato dalla Corte l'omesso ricorso a tale disposizione in situazioni in cui ciò venga considerato dovuto per l'eliminazione di discriminazioni comunitariamente rilevanti; oppure per la possibilità che, prima di procedere a qualsiasi valutazione sulla classificazione normativa oggetto di scrutinio, la Corte censuri, per incompetenza, per vizi di forma, per sviamento di potere, per violazione del Trattato (al limite, per violazione proprio di norme e principi superiori relativi alla garanzia dell'eguaglianza di trattamento) (28), l'ampliamento di competenze in base alla clausola dei "poteri impliciti" presupposto dal ricorso. Altrimenti, gli interventi del Consiglio ex art.235 rappresenteranno per il giudice comunitario soltanto un dato di fatto nella preliminare verifica che è tenuto a compiere sulla propria competenza a giudicare della concreta fattispecie in esame.

Di maggiore interesse per il nostro studio è piuttosto il ruolo che nella dinamica delle competenze viene a svolgere la

stessa Corte di giustizia attraverso un particolare uso dei propri poteri interpretativi. Su tre aspetti ci sembra vada richiamata l'attenzione, a conferma di quell'approccio da "integrazione illuminata" di cui si parlava. In primo luogo, la Corte non esita a ricorrere ai più vari strumenti ermeneutici (29) (metodo sistematico, metodo evolutivo, metodo teleologico, dottrina dei "poteri impliciti" nella sua versione più ampia (30) ) per estendere l'ambito di applicabilità del diritto comunitario, e dunque la competenza dell'ordinamento, ogni qual volta ciò appaia richiesto dalle esigenze dell'integrazione. Gli esempi possono essere i più vari: la sentenza Kramer (31), allorchè afferma che la capacità della CEE di assumere impegni internazionali per l'intera gamma degli obbiettivi enunciati nella prima parte del Trattato esiste anche in assenza di una espressa previsione, potendo essere desunta anche implicitamente dal "rapporto funzionale sussistente fra l'esercizio delle competenze esterne e l'esercizio delle competenze interne nella stessa materia" (32); oppure la sentenza Levin, ove le norme sulla libera circolazione dei lavoratori vengono dichiarate invocabili anche da soggetti che esercitino attività retribuite con redditi inferiori al minimo vitale secondo la legislazione dello Stato ospite, quali che siano i motivi soggettivi del trasferimento (33), con l'effetto di riconoscere lo status privilegiato di migrante comunitario anche a chi si sposta da uno Stato membro all'altro per ragioni affettive, di studio,

personali in genere, alla sola condizione di una reale prestazione di lavoro, sia pure ridotta e del tutto strumentale al conseguimento di tale status.

In secondo luogo, nei confronti di situazioni (come si è detto, possibili anche nel rispetto delle regole sul riparto) di concorrenza fra competenze degli Stati membri e competenze delle Comunità, la Corte, operando una ben precisa scelta di politica giudiziale (34) della quale il seguito del lavoro dimostrerà le importanti conseguenze, fa valere un fondamentale principio di funzionalizzazione generalizzata dei poteri statali alle finalità istituzionali dei trattati (35). Ciò significa due cose. Innanzitutto, che quando una stessa fattispecie risulta sottoposta ad imperativi sia di diritto comunitario che di diritto interno, indipendentemente dalla circostanza che questi ultimi siano formulati nella disciplina di materie di "dominio riservato" la Corte può ritenersi legittimata tanto a valutarne la compatibilità con interessi e valori protetti dall'ordinamento, quanto anche ad affermarne l'illiceità in caso di conflitto (salvo, naturalmente, che considerazioni relative al corretto grado di "profondità" del giudizio non indichino l'opportunità che, a salvaguardia del valore anch'esso fondamentale della sovranità degli Stati membri, la funzionalizzazione si attui attraverso appositi interventi delle istituzioni piuttosto che in base ad un fiat giudiziale (36) ). Landmark opinion in questo senso è il noto passo della sentenza

Casagrande (37) ove, nel giustificare un regolamento del Consiglio finalizzato a garantire la libertà di movimento del lavoro salariato ma incidente sul settore (non "attribuito") dell'istruzione, si afferma, sia pure con un linguaggio alquanto tortuoso, che il fatto che secondo il Trattato tale settore "non rientri, di per se stesso, nella competenza delle istituzioni comunitarie . . . non significa che l'esercizio dei poteri conferiti alle Comunità debba essere in qualche modo limitato quando possa avere ripercussioni su provvedimenti" ad esso inerenti; ma una conferma di questo approccio può derivarsi da numerose altre pronuncie (38), ad esempio da tutta la giurisprudenza sulla c.d. "misure egualmente applicabili" fonti di restrizioni agli scambi intracomunitari, allorchè la Corte vi afferma che da un lato, in mancanza di normative comuni sugli standards di produzione e commercializzazione dei beni, la relativa disciplina spetta senz'altro in linea di principio agli Stati membri, dall'altro che ciononostante occorre comunque accertare se per il loro ambito di applicazione tali discipline siano atte ad ostacolare la libera circolazione delle merci e, se del caso, in quale misura ostacoli del genere possano essere giustificati in punto di diritto comunitario (39).

Ma il principio della "funzionalizzazione" comporta un'altra conseguenza, in un certo senso opposta a quella appena descritta e parimenti rilevante: correttamente inteso, esso implica infatti anche che l'attribuzione di competenze alle

Comunità non può escludere di per sè il potere dello Stato membro di intervenire con propri atti sulla stessa materia, qualora ciò non leda, neanche marginalmente, interessi comunitariamente protetti, e salva naturalmente la possibilità di affermare presunzioni assolute in tal senso che consentano di giustificare l'esclusività della competenza comunitaria. Ciò consente di individuare una soddisfacente chiave di lettura per il non sempre lineare atteggiamento della Corte in tema di "preemption", e cioè rispetto alla possibilità di ritenere che "relativamente ai campi nei quali la Comunità ha il potere di indirizzo politico" agli Stati membri sia precluso, al di fuori di un'espressa autorizzazione comunitaria, di "intraprendere una qualsivoglia attività" (40). Per restare alla materia dell'agricoltura (41), il giudice del Lussemburgo, superate posizioni più "radicali" assunte inizialmente (42), sembra infatti ormai decisamente orientato nel senso di riconoscere la liceità di norme statali "complementari" delle discipline comunitarie delle organizzazioni comuni di mercato, alla sola condizione che esse non contrastino con contenuto o obbiettivi della organizzazione o siano in qualche modo, anche indiretto, di ostacolo al suo funzionamento (43): certo, resta fermo il divieto a priori di norme interne meramente riproduttive di regolamenti agricoli (44), ma questo (così come qualsiasi altra proibizione in assoluto di interventi statali di un certo tipo) può spiegarsi appunto con la certezza o l'alta probabilità che in tale ipotesi si producano effetti

perniciosi per le finalità comunitarie (45), rappresentando semmai una conferma del ricorso della Corte al principio interpretativo in esame.

Infine, la Corte si mostra attenta a controllare che la dinamica delle competenze non travalichi quelli che sono i propri confini strutturali, avendo ben chiari i limiti non solo del proprio ruolo in quanto organo giurisdizionale (e cioè l'impossibilità di andare oltre l'interpretazione, sia pure estensiva, delle norme dei trattati, la loro modifica spettando alle istituzioni ex art.235 o agli Stati membri attraverso la procedura di revisione), ma più in generale dello stesso sistema comunitario quale ordinamento funzionale. Ciò si coglie sotto due distinti profili. Innanzitutto la Corte dà pieno rilievo alla circostanza che le competenze attribuite alle Comunità siano, come si diceva, competenze "di scopo", derivandone le dovute conseguenze. Se ne è appena data una dimostrazione rispetto all'ipotesi di situazioni di "concorrenza" fra poteri comunitari e poteri statali, delle quali si dichiara la liceità, come si è visto, nella misura in cui non ne derivino ostacoli agli "scopi" del processo integrativo. E corollario di questo approccio può considerarsi la dottrina delle "situazioni puramente interne ad uno Stato membro", formulata dalla Corte, soprattutto in riferimento alla disciplina della libera circolazione delle persone (46), ma in un certo senso già implicita in alcune norme dei trattati (47): la dottrina, cioè, in base alla quale la piena

sovranità degli Stati membri permane rispetto a fattispecie che pur ricadendo in "materie" comunitarie, sfuggono alla competenza delle Comunità perchè del tutto irrelate alle finalità da queste perseguite; in particolare, perchè prive di quegli elementi di "transnazionalità", di collegamento a due o più realtà nazionali, la cui esistenza viene ritenuta necessaria per ammetterne la rilevanza in vista della costruzione e del corretto funzionamento del mercato comune (esempi classici: la mobilità di un lavoratore all'interno del proprio Stato di cittadinanza (48) o di una merce all'interno del proprio mercato di origine (49) ).

In secondo luogo, nella individuazione degli "scopi" delle Comunità, dunque di quello che, secondo quanto sin qui detto, può considerarsi il criterio-base per il riparto di competenze, ci sembra che la Corte non sarebbe disposta ad accogliere interpretazioni dei trattati istitutivi accentuatamente (eccessivamente) "creative", tali da stravolgerne il senso complessivo contrastandone palesemente la lettera o, in caso di ambiguità o genericità di questa, il significato che ad essa attribuisce la prevalente "coscienza sociale" comunitaria del momento: in particolare, l'interpretazione che porterebbe a valorizzare ai fini dell'estensione della competenza comunitaria, isolandole dal contesto in cui sono inserite, le ampie formulazioni dell'art.2, nella parte in cui include fra i compiti della CEE "un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati che ad esse partecipano", o

addirittura del Preambolo del Trattato di Roma, che parla della volontà di "porre le fondamenta di una unione sempre più stretta fra i popoli europei", dello "scopo essenziale" del "miglioramento costante delle loro condizioni di vita e di occupazione", delle "difese della pace e della libertà" come fine ultimo del processo integrativo. Al contrario, l'insistenza, a nostro avviso correttamente (50), della Corte sulla necessità di interpretare le varie disposizioni dei trattati in modo sistematico (51), e dunque considerando le specificazioni che le generiche proclamazioni di intenti iniziali trovano nella successiva disciplina di dettaglio, fa ritenere che i giudici del Lussemburgo rifiuterebbero di esercitare i propri poteri interpretativi in tale direzione e verosimilmente accoglierebbero eventuali ricorsi contro misure ex art.235 ispirate da tale approccio.

Questi ultimi rilievi conducono ad escludere che la Corte sia disposta a dar vita nell'ordinamento comunitario, di propria iniziativa, ad una operazione ermeneutica simile a quella realizzata nel sistema costituzionale statunitense dalla Supreme Court con la c.d. "incorporation": l'inclusione, cioè, del Bill of Rights, originariamente indirizzato agli organi federali, fra i privilegi e le immunità che in base al XIV emendamento le sister States devono comunque garantire ai "cittadini degli Stati Uniti", con il rilevante effetto di estendere la garanzia federale dei diritti e delle libertà fondamentali anche nei

confronti di lesioni promananti da organi statali (52). Secondo taluni Autori (53), infatti, la già ricordata giurisprudenza nella quale i "diritti fondamentali comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri" oppure "oggetto di accordi internazionali cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito" sono stati dichiarati parte integrante dei principi generali di diritto comunitario non scritto (54) avrebbe reso possibile ricorrere al foro comunitario in via concorrente o alternativa rispetto ai fori nazionali (o internazionali), ordinariamente competenti in materia, appunto nel caso di violazioni di tali diritti poste in essere dagli Stati membri. Per quanto politicamente suggestiva, questa teorica si scontra a nostro avviso con inequivocabili limiti di competenza dell'ordinamento delle Comunità e con il ruolo che la Corte può (e intende) svolgere in vista della loro evoluzione dinamica. Correttamente intesa, infatti, la dottrina sui "diritti fondamentali comunitari" enunciata nelle pronuncie Stauder, Nold e Internationale Handelsgesellschaft non rappresenta l'attribuzione alle istituzioni comunitarie di una nuova competenza (genericamente, quella a tutelare i diritti dell'uomo in quanto tali), ma piuttosto la precisazione (in senso estensivo) delle condizioni di legittimità dell'azione delle istituzioni (55) nell'esercizio dei poteri e delle funzioni di loro spettanza, quali che questi siano; e d'altro canto, come già si notava (56), essa si spiega (e si giustifica) soprattutto con la necessità di

evitare che il "deficit garantista" derivante dall'assenza nell'ordinamento di un "catalogo" di diritti fondamentali indirizzato agli organi di Bruxelles possa spingere ciascuno Stato membro ad un autonomo controllo sulla compatibilità delle norme comunitarie con le proprie costituzioni, così compromettendo l'irrinunciabile e basilare principio della "unità" del diritto comunitario.

E' evidente che tutto ciò non può valere allorché entrano in gioco atti o comportamenti degli Stati membri: coerentemente con ciò che si è sin qui detto sulla natura dell'ordinamento comunitario come ordinamento funzionale dotato di competenze d'attribuzione, in tanto essi potranno trovarvi sanzione per lesione dei diritti dell'uomo in quanto tale lesione sia anche al tempo stesso configurabile come di ostacolo al conseguimento degli scopi istituzionali del processo integrativo e perciò comunitariamente illecita; condizione, questa, che, di nuovo, non potrà ritenersi soddisfatta per il mero fatto che la misura statale interessa materie disciplinate dai trattati (il trattamento dei migranti, la regolazione degli scambi commerciali, ecc.). Semmai è vero che la Corte potrà valersi della genericità di molte delle clausole del diritto comunitario specificanti gli scopi delle Comunità per "integrarvi" (e solo in questo limitato senso potranno aversi forme di incorporation) la protezione dei diritti fondamentali (57). Così, ad esempio, il noto passo della sentenza Rutili (58) in cui si giustificano

certe restrizioni al potere degli Stati membri di limitare per motivi di ordine pubblico la libera circolazione delle persone quali "manifestazione specifica di un principio più generale" sancito da varie norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non sta a nostro avviso ad indicare la disponibilità della Corte a porsi come (ulteriore) garante del rispetto della Convenzione da parte degli Stati membri, ma, più riduttivamente, la possibilità che tale strumento, così come qualsiasi disposizione relativa ai diritti fondamentali parte della tradizione giuridica europea, possa svolgere una funzione integrativa per la definizione dei limiti che il diritto comunitario pone alla autonomia sovrana degli Stati membri in vista del pieno raggiungimento dei propri obiettivi (59). Per converso, atti o comportamenti statali palesemente in contrasto con i diritti fondamentali ma ininfluenti su tali obiettivi (ad esempio, discriminazioni razziali dei lavoratori subordinati che non ne restringano la mobilità all'interno del mercato comune (60) ) resteranno senz'altro fuori della portata del giudice comunitario.

Certo, in tal modo si ammette l'esistenza di parametri di valutazione distinti per istituzioni e Stati membri, ciò che potrebbe condurre a conseguenze paradossali: per restare all'esempio di prima, la Corte, che dovrebbe comunque invalidare un regolamento del Consiglio ex art.49 lesivo del fondamentale principio dell'eguaglianza degli individui senza distinzioni

fondate sulla razza, potrebbe trovarsi costretta a dichiarare la propria incompetenza a censurare una misura statale dello stesso genere, in assenza della indicata condizione di rattachement all'ordinamento; anzi potrebbe giungersi all'assurdo, qualora l'unico vincolo di diritto comunitario sussistente nella fattispecie fosse quello del trattamento nazionale ai sensi degli artt. 7 e 48 (61), che lo Stato membro potrebbe ritenersi comunitariamente tenuto ad estendere l'ambito di applicabilità della misura discriminatoria, facendola valere anche nei confronti dei propri cittadini oltre che degli stranieri. Ma queste conseguenze sono appunto il portato inevitabile dei limiti di competenza dell'ordinamento comunitario (62): limiti che potrebbero senz'altro essere superati, facendo del foro del Lussemburgo una "giurisdizione sovranazionale delle libertà" (63), ma soltanto attraverso opportuni interventi riformatori (64) (di revisione dei trattati) e non mediante operazioni unilaterali della Corte di difficile legittimabilità (65).

### 3. Competenza e discriminazioni.

Fra l'elemento della competenza a valutare una certa fattispecie discriminatoria, e quello della discriminarietà della fattispecie medesima, possono cogliersi nessi di influenza reciproca.

E' chiaro, innanzitutto, che quando tra gli scopi perseguiti da un ordinamento funzionale viene fatta rientrare anche l'eliminazione di determinate ipotesi di classificazione discriminatoria, come appunto accade nel caso delle Comunità, variazioni in senso estensivo o restrittivo della nozione materiale di eguaglianza protetta, e cioè del parametro attraverso il quale il giudizio di illiceità della classificazione viene effettuato, si tradurranno automaticamente in parallele estensioni o restrizioni delle competenze a tal fine conferite: per esemplificare, l'affermarsi di una nuova teoria economica che, sempre in applicazione dei principi liberoconcorrenziali cui si ispirano i trattati, indicasse la necessità per l'allocazione efficiente delle risorse nel mercato comune di colpire disparità di trattamento fra i fattori della produzione ulteriori rispetto a quelle già espressamente sanzionate nelle varie discipline di settore, potrebbe costituire il fondamento per opportune modificazioni, in via di interpretazione giudiziale o attraverso la procedura dei "poteri impliciti", dell'originario riparto di competenze fra Comunità e Stati membri. D'altro canto, nella stessa prospettiva, è ovvio che a fronte di clausole incidenti sul riparto obiettivamente ambigue andrà privilegiata l'interpretazione più coerente con i valori di giustizia distributiva tutelati dal sistema: così, anche qui a mò di esempio, la dibattuta questione (66) del regime applicabile alla circolazione di lavoratori originari di "paesi e

territori d'oltremare" associati alla CEE ma in possesso della nazionalità dello Stato membro metropolitano andrà risolta nel senso della validità delle norme generali di cui agli artt.48 e ss. più che di quelle convenzionali speciali previste dall'apposito art.135, e questo in quanto altrimenti si produrrebbero disparità di trattamento palesemente ingiuste (67).

Più interessante ci sembra il fenomeno opposto: l'ambito di competenza come causa di discriminazioni, in particolare l'ipotesi in cui siano i limiti di competenza del sistema comunitario a dare di per sé origine a classificazioni discriminatorie (68). Si potrebbe ritenere che questa sia una contraddizione in termini: se la disciplina di una certa fattispecie esula dalla competenza delle Comunità ad essa, per definizione, non si applicheranno neanche le regole da queste predisposte in vista della garanzia dell'eguaglianza di trattamento. Ma qui si fa in realtà riferimento a due cose diverse. In primo luogo, nulla impedisce di astrarre dalle norme positive in tema di non-discriminazione i principi di giustizia distributiva che attraverso di esse trovano espressione, e di valutare rispetto a questi, in considerazione di eventuali interventi riformatori, l'incompetenza dell'ordinamento a regolare certe fattispecie: per esempio, l'esclusione degli immigrati nel mercato comune che non siano cittadini degli Stati membri dai benefici comunitari della parità di trattamento nelle condizioni di lavoro, inequivocabilmente operata dall'art.48

(69), pur spiegandosi facilmente con gli alti costi che una diversa scelta avrebbe comportato soprattutto in assenza di una politica comune di controllo dei flussi migratori da Stati terzi, nondimeno contrasta con la funzione primaria delle quattro "grandi libertà" garantite dal Trattato di Roma che è quella, come conferma la parallela (e più coerente) disciplina della libera circolazione delle merci (70), di permettere che i fattori della produzione dello spazio economico integrato in quanto tali vi si possano muovere in base alla sola dinamica di mercato (71).

In secondo luogo, è possibile che disparità di trattamento effetto dei limiti di competenza del diritto comunitario entrino in conflitto con la tutela data al principio di eguaglianza in altri ordinamenti interessati alla disciplina della fattispecie esclusa, e siano perciò illecite (discriminatorie) rispetto al diritto ivi vigente. Ciò accade con il fenomeno, sul quale ci si dilungherà in seguito (72), delle c.d. "discriminazioni a rovescio", e cioè di quelle ipotesi nelle quali la previsione da parte delle Comunità nei confronti (soltanto) di situazioni o rapporti per esse rilevanti di un certo trattamento di vantaggio (o di svantaggio) si traduce nella sottoposizione di situazioni o rapporti eguali ma di rilevanza "puramente interna" (73) ad un trattamento ingiustificatamente deteriore (o migliore) in violazione delle norme superiori sull'eguaglianza di fronte alla legge dello Stato membro che su di essi ha competenza. Oppure, similmente, può pensarsi

all'inadempimento dell'obbligo contenuto nell'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (secondo il quale il godimento dei diritti e delle libertà ivi riconosciute deve essere assicurato senza discriminazioni fondate su condizioni personali, quale in particolare, e tra le altre, l'origine nazionale) al quale gli Stati membri, in quanto parti di quell'accordo internazionale, possono essere condotti dal fatto che destinatari di situazioni di vantaggio o di svantaggio di diritto comunitario connesse al godimento dei diritti e delle libertà fondamentali tutelati dalla Convenzione europea (75) siano soltanto i soggetti la cui disciplina interessa il processo integrativo e non anche tutti gli altri individui, situati in una posizione comparabile a quella dei primi e rientranti nell'ambito soggettivo di applicazione della Convenzione. Naturalmente ciò non darà necessariamente origine ad una discriminazione; gli ordinamenti competenti a disciplinare la fattispecie esclusa (nei nostri esempi, gli ordinamenti costituzionali degli Stati membri o l'ordinamento della Convenzione europea) potranno ben considerare "ragionevole" (compatibile cioè con la propria nozione materiale di eguaglianza) la disparità di trattamento introdotta in quanto giustificata dalla "specificità comunitaria" della fattispecie parallela (76); e d'altro canto, in caso contrario, essi saranno spesso nella condizione di poter sanare la discriminazione semplicemente decidendo, nella propria discrezionalità normativa, di applicare alla fattispecie esclusa

un regime corrispondente a quello di diritto comunitario o comunque tale da evitare trattamenti immotivatamente differenziati. Quanto agli effetti sul giudizio comunitario di eguaglianza di queste ipotesi di "discriminazione per incompetenza", essi saranno solo eventuali e indiretti: al limite, la volontà di evitare il prodursi di discriminazioni di tal genere potrà stimolare la Corte a dare interpretazioni estensive dell'ambito di applicazione materiale del diritto comunitario; più verosimilmente, esse saranno ragione di iniziative riformatrici, da parte di istituzioni e Stati membri, per l'ampliamento delle competenze dell'ordinamento comunitario o per il coordinamento fra questo e gli altri ordinamenti con esso interagenti (77).



V. LA NOZIONE MATERIALE DI EGUAGLIANZA.

1. Le fattispecie tipiche.

Come si è visto, il Trattato di Roma non sancisce un principio generale di eguaglianza di fronte alla legge ma individua una gamma di specifici profili di discriminatorietà comunitariamente illecita. Queste espresse indicazioni da parte dell'ordinamento sulla illiceità di determinate classificazioni normative costituiscono ovviamente il punto di partenza necessitato per la ricostruzione della nozione materiale di eguaglianza comunitaria: alla condizione, però, che se ne comprenda la vera funzione, evitando le semplificazioni spesso ricorrenti sul tema, e gli equivoci che da queste conseguono.

Secondo la tesi già proposta, tali "fattispecie tipiche" vanno interpretate come espressione di criteri "sospetti" di classificazione, e cioè come fondamento per presunzioni relative in merito alla esistenza di una lesione degli obbiettivi di giustizia distributiva perseguiti dal sistema.

Ciò significa due cose. In primo luogo, che la presenza di uno di tali criteri di classificazione non comporta

necessariamente l'accertamento di una discriminazione: l'ordinamento non vieta, in assoluto e a priori, che si dia rilievo alla nazionalità dell'individuo, all'origine del bene, alla posizione sul mercato dell'operatore economico, e così via, ma ritiene soltanto che verosimilmente in tal caso l'atto o comportamento normativo determini una violazione del principio di eguaglianza.

In secondo luogo, che il ribaltamento o il consolidamento della presunzione andranno operati dando rilievo ai valori sostanziali che sottendono gli obbiettivi di giustizia distributiva, e rispetto alla cui garanzia l'affermazione normativa della presunzione si pone come meramente strumentale: per esemplificare, il ricorso alla nazionalità come standard per l'allocazione di vantaggi e svantaggi fra i lavoratori salariati da origine ad un sospetto di discriminatorietà non in sé e per sé, ma solo a causa dell'alta probabilità che esso esprima un ingiustificabile pregiudizio (soprattutto (1)) all'eguale mobilità della forza lavoro nel mercato comune; e sarà a tale interesse che (per lo più) dovrà farsi riferimento per stabilire se il rilievo dato a tale caratteristica nella definizione della norma sia effettivamente fonte di una disparità di trattamento "irragionevole" o "irrazionale" e perciò illecita. Naturalmente non sarà impossibile che in ipotesi ben definite la presunzione si ponga iuris et de iure. E' quanto accade allorchè l'ordinamento ritiene di poter individuare situazioni giuridiche

soggettive che vanno comunque riconosciute in attuazione della nozione materiale di eguaglianza: si pensi ai vari "diritti di mobilità" (2) riconosciuti ai lavoratori subordinati in attuazione dell'art.48, oppure ai divieti di dazi e contingentamenti alle esportazioni ed alle importazioni posti dalla disciplina sulla libera circolazione delle merci, oppure anche a quei casi in cui la non discriminazione venga garantita attraverso la sanzione di obblighi alla identità di trattamento fra le classi poste a confronto (3). In queste ipotesi il "giudizio di eguaglianza" risulterà notevolmente semplificato, in quanto l'accertamento della mancata attribuzione, o della violazione, di una di tali situazioni, coinciderà con l'accertamento dell'esistenza di una discriminazione. Normalmente, tuttavia, l'ordinamento ricorre a formulazioni generiche, statuenti il "divieto di discriminazioni in base a" un certo criterio, oppure l'"obbligo della parità di trattamento fra" determinate fattispecie: il che indica appunto che si è in presenza di mere presunzioni relative, e che quindi il giudizio comporta, secondo quanto si è detto, una più elaborata e complessa valutazione dell'atto o comportamento normativo impugnato in relazione alla nozione materiale di eguaglianza protetta.

Questa messa a punto del concetto di "fattispecie tipica" di discriminazione dovrebbe consentire un approccio più

corretto di quello tradizionale, evitando gli errori che ne sono spesso conseguiti. In primo luogo, l'errore di ritenere che il giudizio comunitario di eguaglianza possa risolversi appunto nella mera verifica della sussistenza di uno di tali criteri sospetti, ciò che, come si è appena osservato, avrebbe senso solo rispetto a quelle determinate (e rare) ipotesi in cui potesse fondatamente ritenersi che l'ordinamento pone una presunzione di discriminatorietà che non ammette la prova contraria. Così, è criticabile il consolidato orientamento che sanziona come misura d'effetto equivalente a restrizioni quantitative vietata ai sensi degli artt. 30 e 34 qualsiasi classificazione normativa che, per riprendere la celebre e reiterata formula della Corte in Dassonville, "possa ostacolare, direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari" (4). E questo per il semplice motivo da un lato, che come pure è stato riconosciuto nel foro del Lussemburgo (5) e da certa dottrina (6) "lo sviluppo degli scambi tra gli Stati è soltanto uno dei mezzi" per giungere all'attuazione dell'obbiettivo fondamentale di "garantire che la concorrenza non sia falsata" nel mercato comune; d'altro lato, che sono senz'altro configurabili misure che, pur producendo gli indicati effetti restrittivi, risultino ininfluenti, se non addirittura necessitate, in relazione al conseguimento di tale obbiettivo. Si pensi a quote di produzione finalizzate alla preservazione nel lungo periodo di una risorsa altrimenti destinata ad esaurimento (7), oppure a divieti di

commercializzazione di merci non rispondenti a requisiti fissati per "(e)liminare dal mercato i prodotti di qualità non soddisfacente e facilitare le relazioni commerciali" (8); ma si pensi anche, in contrasto con l'attuale tendenza a legittimarle come deroghe ai principi, a discipline a garanzia delle denominazioni d'origine il cui scopo è di proteggere i produttori da forme di concorrenza sleale ed i consumatori da frodi commerciali (9), oppure alle misure di tutela della proprietà industriale e commerciale (10), che secondo la moderna teoria economica andrebbero considerate come limitazioni della libertà d'azione delle forze di mercato del tutto funzionali al corretto svolgimento del gioco concorrenziale ed affatto coerenti con la creazione ed il funzionamento di un mercato comune degli scambi.

In secondo luogo, l'errore di non risalire, per la ricostruzione del giudizio, dagli specifici divieti di discriminazione alla complessiva e globale nozione materiale di eguaglianza di cui questi sono espressione. Come si dirà più oltre, ciò ha spesso portato a non cogliere altri profili di "irrazionalità" o "irragionevolezza", diversi da quelli codificati in norme positive, ma parimenti lesivi degli obbiettivi di giustizia distributiva, riducendo in tal modo le potenzialità del controllo giudiziale in punto di eguaglianza: testimonia in tal senso la giurisprudenza ex art.48 che risolvendo per lo più nell'attribuzione del trattamento nazionale ( e cioè nel rispetto dell'imperativo egualitario di cui al

secondo comma) il fine fondamentale della libera circolazione dei lavoratori, impedisce nei fatti che questo assuma autonomo rilievo quale parametro per la valutazione delle classificazioni normative in materia (11).

In terzo luogo, l'errore, in un certo senso opposto a quello precedente, di non ricorrere con maggiore frequenza, nella prassi del giudizio comunitario di eguaglianza, allo strumento teorico del "criterio sospetto di classificazione", e cioè di non cogliere la possibilità e l'utilità di andare al di là della lettera del diritto scritto per derivare dalla complessiva nozione materiale di eguaglianza ulteriori presunzioni relative di discriminatorietà. Interessanti indicazioni sotto questo profilo possono ricavarsi da un'analisi del modo in cui si è sinora svolto l'ampio ed intricato dibattito sulla censurabilità in diritto comunitario di misure restrittive di importazioni ed esportazioni "egualmente applicabili" a merci destinate agli scambi intracomunitari ed a merci destinate agli scambi interni, e dei vantaggi che invece sembrano conseguire ad una reimpostazione di tale questione in generale in base alla "retorica" dell'eguaglianza di fronte alla legge, e in particolare utilizzando il concetto qui in esame di "fattispecie tipica".

L'importanza del tema, e la possibilità che identici problemi si presentino anche in altri settori di diritto materiale comunitario, ne rendono qui opportuna una esposizione

dettagliata e diffusa. Com'è noto, nel dibattito in materia si sono confrontate, grosso modo, tre posizioni (12). La prima è di quanti - Graf (13), Seidel (14), Meier (15), Steindorff (16), Marx (17) - con motivazioni più o meno simili sostengono che i divieti contenuti negli artt.30 e 34 colpirebbero soltanto misure discriminanti in ragione della origine o della destinazione dei beni: eventuali effetti restrittivi sulla libera circolazione derivanti da misure egualmente applicabili resterebbero dunque fuori dall'ambito di applicazione di tali norme, potendo semmai essere superati attraverso l'adozione di misure di armonizzazione. La seconda posizione ritiene invece che le misure egualmente applicabili possano essere sottoposte a controllo comunitario di legittimità, ma che questo vada ridotto alla sola verifica della loro "razionalità" rispetto allo scopo perseguito, in particolare per quanto riguarda l'assenza di effetti restrittivi sugli scambi non necessari o sproporzionati (18), e ciò soprattutto perchè, essendo tali misure adottate dagli Stati membri per lo più nell'esercizio di poteri riservati, si rischierebbe altrimenti di porre in essere, al di fuori della procedura appositamente prevista dagli artt.100 ss., ingiustificabili restrizioni della loro "freedom of action . . . in matters hitherto regarded as being within their exclusive jurisdiction" quali soprattutto "the powers . . . to manage their own economies" (19): così Ehlermann (20), Beraud (21), Ulmer (22), Meij e Winter (23), Wyatt e Dashwood (24), Mattera (25), e

così anche la Commissione, agli artt.2 e 3 della direttiva 70/50 (26). La terza posizione è infine quella che ritiene l'incidenza della disposizione sui flussi commerciali del mercato comune di per sé sufficiente ad azionare i divieti contenuti negli artt.30 e 34, senza che rilevi a tal fine la presenza di elementi di discriminazione in base alla nazionalità (del bene): sostenuta in dottrina da Verlooren van Themaat (27), Waelbroeck (28) ed Oliver (29), tale incondizionata perseguibilità delle misure egualmente applicabili fonti di effetti restrittivi sugli scambi ha trovato espresso riconoscimento nell'ormai celeberrima sentenza -Rewe Zentrale AG II (meglio nota, e qui di seguito citata, come Cassis de Dijon) (30) in cui, chiamata a valutare un divieto di vendita per liquori, sia importati che di produzione interna, aventi una gradazione alcolica inferiore ad un minimo previsto dalla legge, la Corte non ha appunto dato alcun rilievo alla "eguale applicabilità" di tale misura in relazione alla origine dei beni, ritenendola comunque un "ostacolo alla circolazione intracomunitaria", in conflitto, salve eventuali deroghe, con gli imperativi fondamentali di cui all'art.30.

Ora, nessuna di queste dottrine appare soddisfacente. Al di là di specifiche critiche che possono muoversi a ciascuna di esse sotto vari profili, in particolare per la tendenza a risolvere un problema con così importanti implicazioni attraverso esercizi di mera esegesi della lettera, ambigua, del Trattato (31), o per le ricorrenti argomentazioni ex art.100 che sembrano

dimenticare il basilare principio della "funzionalizzazione" dei poteri riservati degli Stati membri al conseguimento degli obiettivi dell'integrazione (32), queste dottrine peccano a nostro avviso, più in generale, di un mancato collegamento con una teoria complessiva ed organica di giustizia distributiva comunitaria: ciò che le priva di un saldo fondamento, facendo sì che il controllo della conformità di atti e comportamenti degli Stati membri alle norme comunitarie sulla libera circolazione delle merci venga configurato o con eccessiva "timidezza" o con altrettanto ingiustificate "fughe in avanti".

Prova indiretta di questa insufficienza teorica possono ritenersi le incertezze e contraddizioni di cui la stessa giurisprudenza ha dato segno nei tempi più recenti. Dopo aver ribadito e consolidato in varie sentenze l'approccio seguito in Cassis de Dijon (33), in una serie di casi successivi la Corte è sembrata ritornare sui suoi passi, sì che al momento lo stato del diritto comunitario sul punto risulta tutt'altro che chiaro. Di revirement si è parlato infatti a proposito del caso Groenveld allorchè, posta di fronte ad una norma proibente a produttori di insaccati di lavorare carne equina e di detenerne scorte, una sezione di tre giudici della Corte ha negato che essa costituisse una violazione dell'art.34, motivando in base al fatto che questo articolo riguarda soltanto provvedimenti statali che restringono le correnti di esportazione determinando una differenza di trattamento fra il commercio interno di uno Stato ed il suo

commercio con l'estero, e non può quindi valere nei confronti di una misura che, come quella in esame, si applica genericamente alla produzione di una determinata merce, senza distinguere in relazione alla sua destinazione (34). Nonostante l'impreciso linguaggio utilizzato possa far credere che la Corte esprime una tesi diversa (35), è chiaro che qui si sostiene in pratica che un effetto restrittivo illegittimo ex art.34 esisterà esclusivamente nel caso in cui l'ambito di applicazione della misura risulti limitato ai soli beni oggetto di esportazione: ciò che rappresenta una palese sconfessione della posizione assunta in Cassis de Dijon, la cui dottrina avrebbe condotto ad un esito opposto del giudizio (36). Non è chiaro, tuttavia, se Groenveld rappresenti soltanto un "incidente" di percorso, o comunque una pronuncia spuria spiegabile con le peculiarità del caso (37), ovvero se, come pure autorevolmente auspicato (38), essa costituisca l'inizio di un generale ripensamento sulla legittimità e praticabilità di una incondizionata censura comunitaria per misure statali egualmente applicabili causa di ostacoli agli scambi. La successiva sentenza Oebel, nella quale il plenum della Corte apparentemente conferma la "deviazione teorica" di Groenveld, estendendola anzi anche all'interpretazione dell'art.30 (39), non getta in realtà alcuna luce sulla questione, in quanto da una lettura attenta delle motivazioni emerge come nei fatti i giudici del Lussemburgo continuano ad applicare, sia pure implicitamente e con una certa

confusione, l'approccio tradizionale (40); osservazioni simili possono valere per la sentenza Blesgen (41), mentre, a ulteriore conferma del disorientamento giurisprudenziale, il caso Eyssen, discusso e deciso successivamente a Groenveld, indica una consapevole riaffermazione da parte della Corte dei principi di Cassis de Dijon (42).

In realtà, queste incertezze ed ambiguità non sono nient'altro se non il riflesso di un crescente, e comprensibile, disagio della Corte nel sottoporre a controllo le "indistinctly applicable measures". Da un lato, infatti, è verosimile ritenere che la maggior parte dei provvedimenti che gli Stati membri continuamente adottano per la regolazione della vita sociale ed economica della propria collettività possano produrre, in via più o meno diretta, effetti restrittivi sulla circolazione intercomunitaria dei beni: una loro sanzione indiscriminata "sommerebbe" la Corte di ricorsi e susciterebbe comprensibili reazioni da parte degli Stati membri per le spregiudicate intrusioni nella loro sovranità che in tal modo si compirebbero. D'altro canto, la possibilità di valutare la compatibilità con il diritto comunitario di tali misure va fatta salva in linea di principio, considerato il ruolo importante che tale scrutinio ha avuto e può avere per la creazione di un mercato comune integrato, consentendo l'individuazione e l'eliminazione delle forme più "occulte" di protezionismo e degli ostacoli meno evidenti, ma altrettanto insidiosi, ad una effettiva libera

circolazione delle merci (43). Come ovviare a questo apparente dilemma? Si diceva, attraverso una maggiore valorizzazione della "retorica" dell'eguaglianza (44).

Si noti il contenuto definitorio meramente negativo proprio del concetto di "misura egualmente applicabile": col ricorso a questa formula si indica infatti normalmente, in modo involuto e sintetico, soltanto l'assenza di una classificazione in base all'origine o alla destinazione del bene, e non si esclude quindi la possibilità che nella medesima fattispecie possano cogliersi, in relazione a diversi profili, altre ipotesi di disparità di trattamento, pure in verosimile conflitto con la nozione comunitaria di eguaglianza. Ebbene a noi sembra che il limite comune alla maggior parte delle dottrine proposte in materia sia stato proprio quello di non cercare di individuare e tipizzare appunto gli ulteriori profili di discriminatorietà che è possibile caratterizzino misure statali di tal genere, imponendone, e giustificandone, la sanzione. La prassi delle relazioni commerciali interstatali, per come appare riflessa in parte dalla stessa giurisprudenza, consente infatti di configurare almeno tre distinte ipotesi in cui un atto o comportamento normativo, parimenti applicabile a beni oggetto di scambio interno e a beni oggetto di scambio intracomunitario, e restrittivo di importazioni o esportazioni, può ritenersi fonte di differenziazioni presumibilmente in conflitto con l'obiettivo fondamentale sotteso alla disciplina comunitaria della libera

circolazione delle merci, la creazione di una unione doganale governata dai principi della libera concorrenza. In primo luogo, il provvedimento statale, pur applicandosi realmente (45) in eguale misura ad entrambe le categorie di beni, può incidere negativamente (traducendosi in una maggiorazione dei costi o in un divieto tout court di produzione o commercializzazione) soltanto, o prevalentemente, su importazioni od esportazioni: in questo caso (un'ipotesi particolare di discriminazione "occulta" conseguente ad una discriminazione "materiale" (46) ), è corretto presumere quello stesso intento o effetto protezionistico che porta comunemente alla sanzione di norme "diversamente applicabili". In secondo luogo, il provvedimento statale può dare origine ad una disparità di trattamento svantaggiosa per i traffici intracomunitari a causa della diversità tra le disposizioni in esso contenute e quelle corrispondenti vigenti nelle legislazioni degli altri Stati membri: qui il "sospetto" si giustifica per la verosimile irragionevolezza, in una prospettiva di integrazione economica sovranazionale, degli ostacoli derivanti dalla compresenza, nello spazio interessato all'integrazione, di una pluralità di centri indipendenti e non necessariamente coordinati di produzione normativa (47). In terzo luogo, il provvedimento statale può esprimere una classificazione tipicamente in conflitto con il principio della eguaglianza degli operatori economici nel mercato: ai fini dello scrutinio comunitario non rileverà dunque che la norma sia parimenti

applicabile, o parimenti efficace, in relazione all'origine o alla destinazione dei beni, o che risulti comune agli ordinamenti di tutti gli Stati membri, ma piuttosto che essa si sostanzi in una probabile distorsione del gioco concorrenziale, ed in una conseguente lesione del criterio fondamentale che deve regolare il funzionamento del mercato comune degli scambi (48).

Nelle prossime pagine, analizzando partitamente le diverse articolazioni della nozione materiale di eguaglianza, cercheremo di verificare quale sia, e quale dovrebbe essere, l'atteggiamento della giurisprudenza rispetto a ciascuna di queste distinte ipotesi. Come si diceva inizialmente, ciò che ci premeva sottolineare in questa sede, prendendo ad esempio il problema delle "misure egualmente applicabili", era piuttosto l'arricchimento dello strumentario teorico che consegue da una reimpostazione del controllo comunitario di legittimità nelle forme del "giudizio d'eguaglianza", e soprattutto dal ricorso al concetto di "fattispecie tipica di discriminatorietà". I vantaggi di un simile approccio (rispetto alla comprensione e soluzione di quella specifica questione, ma l'osservazione è generalizzabile) ci sembrano evidenti: non solo infatti esso consente di rendere più esplicito e stretto il collegamento fra valutazione giudiziale e garanzia di valori di giustizia distributiva tutelati dall'ordinamento (come effetto appunto della individuazione "in positivo" delle discriminazioni oggetto di sanzione), e quindi di dare più facilmente legittimazione alle

"incursioni" comunitarie in settori di competenza riservata degli Stati membri che spesso ne conseguono; ma anche, e soprattutto, esso offre ai giudici di Lussemburgo la possibilità di una maggiore "flessibilità", e cioè di graduare, per così dire, i propri interventi, e la maggiore o minore rigidità del controllo, a seconda della o delle classificazioni sospette presenti nella specifica fattispecie oggetto di valutazione, e del loro rapporto con la nozione materiale di eguaglianza comunitariamente protetta (49).

Ciò premesso in merito al significato funzionale della figura teorica di "fattispecie tipica di discriminazione", si tratta adesso di studiare, in riferimento ai settori di diritto materiale scelti come campione di analisi, quali queste fattispecie concretamente siano, e cioè di individuare, a partire dal diritto scritto e giurisprudenziale comunitario, quale sia il loro contenuto, in quali casi la presunzione che esse fondano debba ritenersi confermata, e perchè ciò accada, vale a dire quali siano i valori di giustizia distributiva attraverso di esse garantiti e sulla base dei quali è corretto si svolga il giudizio di eguaglianza.

#### 1.1. La nazionalità.

Riconosciuto fra i "principi" ispiratori del Trattato di Roma, ripreso e specificato nelle varie discipline di settore, il "divieto di discriminazioni in base alla nazionalità" si pone come una vera e propria Grundnorm dell'ordinamento comunitario, esprimendo uno dei profili che più tipicamente ne caratterizzano la nozione materiale di eguaglianza (50).

La ragione è palese. Nel contesto di un processo di integrazione "sovranzionale", finalizzato ad una "(u)nione sempre più stretta fra popoli" (51) attraverso la creazione di una "comunità", il ricorso alla nazionalità come criterio di classificazione è, quasi per definizione, sospetto, in quanto porta a presumere l'esistenza di violazioni fra le più probabili, e le più gravi, dei valori di giustizia distributiva cui tale processo si ispira. Esso costituirà infatti indizio, se non prova, di intenti o effetti lato sensu protezionistici, vale a dire della attribuzione di una ingiustificata condizione di privilegio a soggetti, o situazioni, "nazionali" a danno di soggetti, o situazioni, "straniere" (52); oppure dell'esistenza di ostacoli al conseguimento degli obiettivi istituzionali del mercato comune causati dalla presenza al suo interno di una pluralità di entità sovrane e indipendenti (53); o infine del "pregiudizio" che porta a considerare l'origine nazionale quale elemento rilevante nella valutazione della persona umana ai fini della allocazione di costi e benefici (54).

Nella prospettiva dell'integrazione comunitaria il termine "nazionalità" peraltro acquista un'accezione particolare e senz'altro più estesa di quella consueta. Esso non si riferisce infatti tanto, o soltanto, all'appartenenza di una persona, fisica o giuridica, ad una data collettività organizzata a Stato e (o) al riconoscimento operato da questo di tale rapporto, ma, più in generale, ai vincoli che in modo effettivo e sostanziale legano una qualsiasi fattispecie rilevante per l'ordinamento al sistema economico-sociale di uno o più Stati membri (55). Così, in materia di libera circolazione delle merci, il divieto di discriminazioni in base alla nazionalità (56) non farà riferimento, come talvolta erroneamente si ritiene (57), alla cittadinanza dell'operatore economico, ma piuttosto alla nazionalità del mercato di origine o di destinazione del bene oggetto di scambio. E parimenti la garanzia dell'eguaglianza nel godimento di diritti di mobilità tutelerà il lavoratore non soltanto dagli impedimenti derivanti dalla sua cittadinanza, ma anche da quelli che dovessero essergli opposti a causa di particolari legami con la vita associata di uno Stato membro diverso da quello di origine, ad esempio a causa di un prolungato e stabile soggiorno nel territorio di questo: come dimostra chiaramente il caso Knooks (58), in cui la Corte non ha esitato a riconoscere l'azionabilità delle norme sulla libertà di stabilimento nei confronti di uno Stato che ostacolava il ritorno di un proprio cittadino all'esercizio di attività professionali

nella madrepatria col richiedergli, in applicazione della legislazione interna ordinariamente vigente, qualificazioni diverse da quelle che questi aveva acquisito in un altro Stato membro in cui era da tempo emigrato, e che, in base al diritto comunitario, dovevano invece ritenersi sufficienti.

L'ingiustizia della nazionalità quale criterio di classificazione normativa si traduce in diritto comunitario prevalentemente (59) nel principio del trattamento nazionale (60): la parificazione di fattispecie differenziantesi appunto per i vincoli con diverse comunità nazionali (61), nel senso lato appena indicato, avviene cioè per relationem, assumendo come termine (dato) di riferimento il trattamento che l'ente fonte dell'atto o comportamento normativo realizza di soggetti, o situazioni, "interne". Il principio del "trattamento nazionale" può tuttavia significare cose ben distinte. Quanto al suo contenuto, esso può voler dire identità di trattamento, e cioè estensione dell'ambito di applicazione della disciplina riservata a fattispecie interne, quale che questa sia, alle fattispecie "estere", sì che ad esse risulti attribuito il medesimo status giuridico; oppure può voler dire eguaglianza di trattamento, e cioè estensione alle fattispecie "estere" della medesima gamma di vantaggi e svantaggi di cui sono destinatarie, per effetto di interventi normativi, le fattispecie interne. Quanto alla sua forma giuridica, il principio può configurarsi come obbligo o invece come facoltà, distinzione, questa, rilevante soprattutto

ai fini di una esatta comprensione della "direzione" in cui opera la garanzia comunitaria dell'eguaglianza (e della soluzione del connesso problema delle "discriminazioni a rovescio"): ed infatti, anche qualora si dovesse ritenere che l'ordinamento comunitario protegge da trattamenti discriminatori soltanto le fattispecie "estere", in presenza di un obbligo di trattamento nazionale risulterebbero necessariamente tutelate, sia pure come effetto indiretto, anche le fattispecie interne e ciò in quanto, per definizione, qualsiasi incidenza positiva o negativa sulla condizione delle une si tradurrebbe per l'opposto in una incidenza negativa o positiva sulla condizione delle altre; mentre trattamenti differenziati delle due classi di fattispecie diverrebbero configurabili e coerenti con il principio del trattamento nazionale qualora questo rappresentasse una mera facoltà riconosciuta all'ente normatore.

Ciascuno di questi aspetti influisce diversamente sul funzionamento e sugli esiti del giudizio comunitario di eguaglianza e richiede pertanto di essere oggetto di analisi distinta.

#### 1.1.1. identità o eguaglianza di trattamento.

Si è già spiegata l'accezione nella quale in questo lavoro si usano i termini "identità" ed "eguaglianza" di

trattamento, e si è già indicato come il primo di essi rinvii ad una semplificazione del giudizio di eguaglianza, operata attraverso la posizione di una presunzione assoluta in merito alla discriminatorietà di classificazioni normative caratterizzate da un determinato ambito di applicazione (62). Ora, come attuazioni del principio del trattamento nazionale nel senso della identità di trattamento ci sembra possano essere considerate molte delle ipotesi in cui l'ordinamento comunitario impone, pure al di fuori di qualsiasi esplicito richiamo al principio di eguaglianza, che determinate situazioni di vantaggio vengano comunque riconosciute nella disciplina di soggetti, o situazioni, "stranieri". All'origine di tali obblighi può infatti ritenersi siano da un lato, l'inespressa constatazione che identiche situazioni sono senza alcun dubbio attribuite a soggetti, o situazioni, interne, dall'altro, la convinzione che la garanzia dei valori di giustizia distributiva protetti dall'ordinamento passi necessariamente appunto attraverso la parificazione nella titolarità di tali situazioni. Così, ad esempio, crediamo vadano interpretati, nella materia della libera circolazione dei lavoratori subordinati, vari dei diritti di "mobilità territoriale e professionale" (64) che l'art.48 e le norme secondarie adottate ai sensi dell'art.49 riconoscono ai migranti comunitari: il diritto di trasferimento, e cioè il diritto di uscita dal proprio paese di residenza e di entrata in un altro Stato membro per accettare, o anche solo cercare (65),

una effettiva offerta di lavoro; il diritto di soggiorno nello Stato di immigrazione del lavoratore occupato o disoccupato involontario; il diritto di permanenza, e cioè il diritto di continuare a risiedere in tale Stato dopo la cessazione, per pensionamento o per invalidità permanente, del rapporto di lavoro; il diritto a farsi raggiungere dalla propria famiglia e l'estensione ai componenti di questa di molti degli indicati diritti di mobilità; il diritto di godere ed acquistare un alloggio per sé e per la propria famiglia; e così via (67). Di identità di trattamento dovrà poi anche parlarsi in riferimento a quelle disposizioni che nell'affermare il divieto di discriminazioni in base alla nazionalità indichino inequivocabilmente la volontà di garantire una uniforme applicazione della normativa nazionale a fattispecie interne e fattispecie "estere": si pensi, per restare sempre nella materia di cui agli artt.48 e ss., al diritto del migrante di accedere all'offerta di lavoro con la stessa priorità del lavoratore nazionale, senza cioè che nei suoi confronti possa essere fatta valere una disciplina speciale di collocamento (68).

Queste ipotesi di risoluzione del principio del trattamento nazionale nell'obbligo, o nella facoltà, della identità di trattamento vanno tuttavia considerate, a nostro avviso, eccezionali, e questo perchè di difficile giustificazione appare in generale la presunzione assoluta che le ispira. Nella maggior parte dei casi, infatti, sarà possibile immaginare

elementi di fatto che, diversificando fattispecie interne e fattispecie "straniere", consentano di valutare una loro eventuale diversità di disciplina come non discriminatoria; e ciò tanto sotto il profilo della ragionevolezza, nel senso che in base ad essi potrà escludersi l'esistenza di quelle lesioni della nozione materiale di eguaglianza ("protezionismo", "barriere nazionali", "pregiudizi") che, come si diceva, di solito, ma appunto non sempre, risultano da classificazioni fondate sulla nazionalità, quanto sotto quello della razionalità, qualora dalla diversità di condizione venga desunta la necessità di una classificazione normativa altrettanto diversificata onde evitare arbitrarietà nel perseguimento del fine. Ciò vuol dire che formulazioni generali statuenti la eliminazione di "qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità" o la garanzia della "parità di trattamento" con le corrispondenti fattispecie nazionali, quali ad esempio quelle contenute negli artt.48,2 del Trattato di Roma e 7 del reg.1612/68 in relazione all'impiego, alla retribuzione ed alle altre condizioni di lavoro del migrante, andranno sempre interpretate (salvo che non risulti palese un diverso intento del legislatore comunitario, come nell'ipotesi più su richiamata del regime sul collocamento) quali fonti di un mero "sospetto" di discriminazione, il cui consolidamento dipenderà da una valutazione del rapporto fra classificazione normativa, caratteristiche delle fattispecie incluse ed escluse, e nozione materiale di eguaglianza. Insomma,

secondo la tesi qui proposta, trattamento nazionale significherà normalmente eguaglianza di trattamento, e cioè verifica, attraverso quella analisi relazionale e comparativa nella quale ordinariamente si sostanzia la tutela dell'eguaglianza di fronte alla legge, della ragionevolezza o razionalità di atti o comportamenti normativi nei quali il criterio di classificazione della nazionalità risulti direttamente o indirettamente rilevante, verifica che potrà anche condurre ad ammettere come lecito, se non addirittura ad imporre come dovuto, il ricorso a tale criterio (69).

Ciò trova conferma nella giurisprudenza. Innanzitutto, in più occasioni, confrontata con misure classificanti in base alla nazionalità e limitative di interessi comunitariamente rilevanti, la Corte non ha esitato a riconoscerne la legittimità quando il loro scopo, e quindi la classificazione che ne costituiva conseguenza necessaria, è risultato non lesivo dei valori di giustizia distributiva tutelati. Così la ragionevolezza dell'interesse delle autorità nazionali a "essere costantemente e tempestivamente informate circa i movimenti della popolazione sul loro territorio" ha consentito che nelle sentenze Royer (70), Watson (71) e Sagulo (72) si affermasse la compatibilità con il diritto comunitario, in linea di principio, della previsione di provvedimenti di controllo indirizzati ai soli stranieri, e di relative sanzioni per il caso di una loro inosservanza, nonostante le restrizioni che evidentemente ne derivavano ad una

piena ed incondizionata libertà di circolazione. Parimenti, in base ad una stessa logica di valorizzazione e legittimazione del fine perseguito dalla normativa sospetta, in Walrave (73) e Donà (74) è stata esclusa la discriminatorietà di discipline o prassi che precludono la partecipazione di stranieri alla formazione di squadre sportive, o a determinati incontri o gare, "in base a criteri tecnico-sportivi" o "per motivi inerenti al carattere e alla fisionomia specifica di detti incontri", come nel caso di squadre di rappresentanza nazionale o anche solo regionale o locale (75); in Choquet (76) la liceità di controlli volti a garantire la sicurezza della circolazione sulle strade ha portato a negare che costituissero di per sé ostacoli alla libertà di movimento dei lavoratori vietati dall'art.48 le particolari procedure imposte da uno Stato membro per il riconoscimento di patenti di guida rilasciate da un altro Stato membro; in Donckerwolcke, appunto seguendo l'invito dell'Avv.Gen. Capotorti a non sottovalutare l'importanza del fine specifico degli atti o comportamenti normativi sottoposti a scrutinio, si è ritenuto che non costituiscano misure d'effetto equivalente a restrizioni quantitative contrarie all'art.30 dei "provvedimenti di sorveglianza" doganale imposti dallo Stato membro importatore nei confronti di prodotti di Stati terzi in libera pratica nella Comunità, giacchè le informazioni così raccolte risultano indispensabili a tale Stato per decidere le misure di politica commerciale che può adottare conformemente al Trattato, ed alla

Commissione per esercitare i poteri di controllo e decisione che le conferisce in materia l'art.115 (79). Naturalmente in tutti questi casi l'accertamento della "ragionevolezza" della classificazione alla luce della nozione materiale di eguaglianza si accompagnerà sempre, come si vedrà meglio più oltre (80), ad un attento "controllo di razionalità" tendente a verificare che essa non incida sugli obbiettivi comunitari in modo non necessario o sproporzionato, ciò che potrebbe essere sanzionato di per sè, appunto come espressione di arbitrarietà, o che potrebbe anche eventualmente valere come prova di intenti o effetti discriminatori occulti, e quindi retroagire sulla valutazione iniziale in merito alla liceità del fine : come dimostra la richiamata giurisprudenza Royer-Watson-Sagulo (81), tale indagine verrà semplificata senz'altro quando sia dato di individuare fattispecie simili (82), attinenti a soggetti o situazioni nazionali, la cui disciplina possa valere come parametro di comparazione per le scelte operate dall'ente normatore in riferimento alle corrispondenti fattispecie di rilevanza comunitaria.

In altri casi la compatibilità con il principio di eguaglianza di classificazioni fondate sulla nazionalità viene invece derivata non dalla liceità degli obbiettivi dell'atto o comportamento normativo in esame, ma dal fatto che diversità obbiettive nelle fattispecie consentono, o impongono, una disciplina differenziata quale mezzo razionale per il

conseguimento di tali obbiettivi, o per la garanzia di superiori interessi comunitari cui essi risultano funzionalizzati: per dirla altrimenti, mentre nell'ipotesi prima analizzata si hanno disparità di trattamento reali ma giustificate perchè non discriminatorie, qui entrano invece in risalto disparità di trattamento solo apparenti, e cioè situazioni nelle quali il diverso ambito di applicazione della norma, o la diversità del comando in essa contenuto, appaiono necessari per assicurare l'allocazione di vantaggi e svantaggi voluta dall'ente normatore, o prevista dal diritto comunitario come limite esterno alle scelte discrezionali di questo. In tal senso andranno ritenute lecite normative che diano rilievo alla specificità della condizione di lavoratore migrante, soprattutto quando questa risulti tradursi in uno stato originario di inferiorità o di svantaggio dello straniero rispetto al cittadino. La Corte ha seguito questo approccio nella menzionata sentenza Choquet, quando ha richiesto che nella definizione delle procedure per la concessione di permessi guida a stranieri gli Stati membri tengano conto delle difficoltà cui questi possono andare incontro nei relativi esami per il fatto di parlare un'altra lingua (83); ma è evidente che esso potrebbe venire generalizzato, e che produrrebbe conseguenze di rilievo se applicato in materie, quali quella della integrazione del lavoratore (e della sua famiglia) nello Stato di immigrazione, nelle quali con maggiore probabilità un'eguaglianza sostanziale si consegue solo valorizzando le

preesistenti diversità di fatto fra le fattispecie poste a confronto (84). D'altro canto, argomentazioni di questo genere ci sembrano sottese ad una buona parte delle sentenze in cui misure "egualmente applicabili" fonti di effetti restrittivi sugli scambi intracomunitari vengono dichiarate incompatibili con i divieti di cui agli artt.30 e 34, e precisamente quelle sentenze nelle quali, indipendentemente o preliminarmente ad una valutazione della legittimità in punto di diritto comunitario degli scopi delle norme statali impugnate (85), si considera il fatto che tali norme, appunto non diversificando in relazione alle particolarità dei beni oggetto di importazione od esportazione, si traducono per questi in maggiori costi, o comunque in un ostacolo alla loro libera circolazione nel mercato comune, così garantendo alla produzione nazionale un vantaggio concorrenziale artificiale. E' infatti facile comprendere che i soggetti operanti per il mercato interno godranno, rispetto ad importatori ed esportatori, di una preesistente condizione "naturale" di favore nel soddisfare i requisiti di produzione o commercializzazione posti dallo Stato in cui agiscono: una disposizione, come ad esempio quella sanzionata dalla Corte in Fietje (86), che prevede l'obbligo di usare una certa denominazione, o di fornire certe informazioni sul prodotto, nella lingua del paese di importazione, inciderà maggiormente sui costi (e quindi, presumibilmente, sui prezzi) dei prodotti stranieri, giacchè solo questi, per poter accedere al mercato di

tale Stato, dovranno modificare o sostituire l'etichettatura normalmente utilizzata per il mercato di origine. Oppure, potrà accadere che sia il legislatore nazionale a modellare un provvedimento restrittivo sulle esigenze e peculiarità dei soli prodotti nazionali, finendo così per ostacolare in misura maggiore la circolazione dei prodotti stranieri. Così, nell'ormai consolidata giurisprudenza in tema di sistemi nazionali di prezzi amministrati (prezzi massimi (87), prezzi minimi (88), prezzi "congelati" (89)) è stato costantemente ribadito il principio secondo cui tali discipline, applicandosi indistintamente alle merci di produzione nazionale ed ai prodotti importati, "generalmente" non contrasteranno con l'art.30, ma potranno dare origine ad una violazione di tale norma nella ipotesi in cui prezzi o margini di utile "siano fissati ad un livello tale da svantaggiare i prodotti importati rispetto ai prodotti nazionali corrispondenti", ad esempio, nel caso di prezzi minimi, impedendo che a quelle condizioni essi possano essere smerciati con profitto, oppure neutralizzando il vantaggio concorrenziale risultante da costi di produzione inferiori di cui essi eventualmente godono (90); e, come viene espressamente riconosciuto (91), ciò avverrà appunto quando tale livello sia fissato tenendo conto della qualità, della presentazione, dei costi "dei soli prodotti nazionali, senza riguardo al dislivello che può sussistere sotto questi profili rispetto al mercato degli altri Stati", vale a dire senza adattare la disciplina alle

diversità originarie dei beni oggetto di scambio intracomunitario (92). In tutti questi casi l'"eguale applicabilità" cela un effetto (se non un intento) protezionistico (93), la riduzione o l'eliminazione della maggiore competitività delle merci importate o esportate o comunque l'attribuzione di una ingiustificata rendita di posizione al prodotto interno concorrente. Ma appunto, tale effetto potrà cogliersi soltanto dando risalto alle diversità di fatto esistenti fra le fattispecie poste a confronto; e potrà venir meno, consentendo una loro reale eguaglianza di trattamento in attuazione del divieto di discriminazioni in base alla nazionalità, solo qualora l'atto o comportamento normativo risulterà altrettanto diversificato.

#### 1.1.2. obbligo o facoltà del trattamento nazionale.

Nonostante le apparenze (94), il principio del trattamento nazionale non funziona necessariamente in modo biunivoco, garantendo cioè una parità assoluta di disciplina delle fattispecie interne e di quelle "straniere". Soprattutto quando l'ordinamento, per ragioni attinenti a suoi limiti di competenza, o in coerenza con la propria nozione materiale di eguaglianza, lo riconosce soltanto in vista della sanzione di discriminazioni a danno della seconda delle due classi, esso per lo più finisce per porsi come obbligo rispetto all'estensione di

discipline nazionali attributive di vantaggi, e per rappresentare invece una mera facoltà per quel che concerne l'imposizione normativa di svantaggi; per lo più, si diceva, perchè sarà sempre possibile che in circostanze determinate l'attuazione delle finalità di giustizia distributiva del sistema passi proprio attraverso una dovuta parificazione dell'ambito di applicazione (anche) di discipline onerose.

Ciò vale senz'altro per l'ordinamento comunitario. E' chiaro infatti che il divieto di discriminazioni in base alla nazionalità vi viene affermato a protezione delle sole fattispecie rilevanti ai fini del processo integrativo (e cioè, come si è visto, di fattispecie caratterizzate da specifici elementi di "transnazionalità"); ed è altrettanto intuitivo che tale protezione si indirizzerà prevalentemente contro il trattamento peggiore di tali fattispecie, un loro trattamento privilegiato presumendosi irrilevante, se non addirittura di ausilio al conseguimento degli obiettivi egualitari del Trattato. Nondimeno, potranno immaginarsi casi in cui tali obiettivi risultino lesi proprio dalla subordinazione di soggetti o situazioni "nazionali" a maggiori oneri di quelli riservati a soggetti o situazioni "comunitarie" (95). Per esemplificare, il divieto di cui all'art.48,2 dovrà intendersi nel senso che ogni Stato membro sarà tenuto ad estendere al migrante qualsiasi beneficio relativo all'impiego, alla retribuzione, o alle condizioni di lavoro in generale, attribuito ai lavoratori

nazionali, mentre potrà, ma non dovrà, attuare tale parificazione per quel che concerne oneri o svantaggi eventualmente previsti da discipline in materia; il trattamento meno favorevole dei lavoratori nazionali, di per sé irrilevante perchè estraneo alla competenza dell'ordinamento, potrà tuttavia essere sanzionato come discriminatorio qualora da una più attenta analisi risulti che, a differenza di quanto ordinariamente presumibile, esso comporta una lesione, sia pure in via mediata e indiretta, dei valori comunitari di giustizia distributiva. Ragionamenti simili potranno valere per il divieto di restrizioni alle importazioni o esportazioni, e per tutti gli altri settori di diritto comunitario in cui il principio del trattamento nazionale trova applicazione.

In queste osservazioni sono già impliciti i concetti necessari ad impostare correttamente e a risolvere il problema relativo alle cosiddette "discriminazioni a rovescio" (o "reverse discriminations", o "discriminations à rebours", o "Inländerdiskriminierungen"). Com'è noto, con questa varia e in parte ambigua terminologia si è espressa, grosso modo, la comune preoccupazione che, a causa dell'adempimento di obblighi di diritto comunitario, o comunque in materie di rilevanza comunitaria, gli Stati membri potessero porre in essere trattamenti ingiustamente differenziati a danno di soggetti o situazioni interne, in primis di propri cittadini; e ci si è

interrogati sul se la condizione di privilegio così garantita a soggetti o situazioni straniere non dovesse essere sanzionata come discriminatoria in base allo stesso diritto comunitario, o comunque influire sull'interpretazione e applicazione di questo. Si tratta di una questione alquanto complessa, in cui aspetti relativi alla competenza dell'ordinamento a conoscere e valutare determinate classificazioni normative si intersecano con aspetti relativi al contenuto della nozione materiale di eguaglianza protetta, secondo nessi non sempre colti con la dovuta chiarezza, ancora una volta, ci sembra, a causa di una non piena comprensione sul significato funzionale della garanzia dell' "eguaglianza di fronte alla legge". Una sia pur sintetica ricostruzione del dibattito in materia consente di cogliere tali insufficienze e di precisare il senso del diverso approccio qui suggerito.

Fra gli Autori che si sono occupati ex professo del tema (96) prevale la tesi secondo la quale la perseguibilità o meno delle discriminazioni a rovescio dipenderebbe essenzialmente dai livelli di integrazione conseguiti nei vari settori di diritto comunitario: non sarebbe dunque possibile una risposta univoca, ma diverse risposte da individuare considerando, appunto rispetto a ciascuno di tali settori, da un lato l'ampiezza del trasferimento di poteri operato dagli Stati membri a favore delle Comunità, dall'altro il contenuto specifico delle discipline ivi vigenti. Così, come esempio di una materia nella quale il

"trouble de croissance" (97) rappresentato dalle discriminazioni a rovescio è stato oggetto di considerazione e sanatoria da parte dello stesso ordinamento, viene di solito citata la libera circolazione delle persone nella quale senza alcun dubbio opererebbe una "wechselseitige Gleichstellung" (98), una "parificazione reciproca fra i cittadini" tale da assicurare la protezione comunitaria "non solo allo straniero, ma al cittadino nei confronti del proprio Stato" (99); in particolare, si osserva, ciò troverebbe inequivocabile conferma nella sentenza Knors (100) in cui, come si è ricordato, la Corte non ha esitato a riconoscere che determinate norme relative alla libertà di stabilimento potessero essere azionate da un lavoratore autonomo nei confronti del proprio stesso Stato di cittadinanza. In altre materie invece, come la libera circolazione delle merci, il trattamento più oneroso di fattispecie nazionali, in questo caso dei beni destinati al mercato interno non interessati agli scambi intracomunitari, non incontrerebbe invece allo stato alcun divieto comunitario (101), per lo meno fino alla realizzazione di un pieno assorbimento di competenze da parte delle Comunità con la istituzione di organizzazioni comuni di mercato (102).

Quanto alla prassi giurisprudenziale, il tema in esame, pur non essendo mai stato oggetto di espliciti pronunziamenti da parte della Corte, risulta nondimeno trattato in più cause ad iniziativa delle parti private intervenienti, della Commissione o degli Avvocati Generali. Di "discriminations à rebours" si parla,

a quanto ci consta per la prima volta, nelle osservazioni del Governo francese al caso Thieffry (103): nel negare che costituisse violazione dell'art.52 l'esigere dal cittadino di un altro Stato membro, intenzionato ad esercitare in Francia la professione di avvocato, il possesso del diploma previsto dalla legislazione interna, nonostante il simile diploma da questi conseguito nel paese d'origine fosse stato già riconosciuto come equivalente dalle stesse autorità universitarie francesi, il Governo francese argomenta infatti, fra l'altro, che una eventuale liberalizzazione in tal senso dell'accesso alla professione forense, non potendo valere anche a vantaggio dei cittadini francesi, condurrebbe necessariamente ad una loro discriminazione nell'ipotesi in cui qualcuno di essi svolgesse i propri studi all'estero e venisse a trovarsi nella medesima condizione del Thieffry. La Corte non entra nel merito di questa allegazione (104), alla quale rispondono invece Avvocato Generale e Commissione (105), concordi nel sostenere l'infondatezza dello stesso presupposto da cui essa muove, essendo "quanto meno contestabile" (106), se non "giuridicamente erroneo" (107) ritenere che un cittadino non sia legittimato ad invocare il Trattato di Roma per tutelarsi contro gli impedimenti che vengano opposti dal suo stesso Paese di origine allo stabilimento al suo interno.

Sulla sanzionabilità comunitaria di "discriminations à rebours" ritorna diffusamente l'Avv. Gen. Mayras nelle sue

conclusioni al caso Peureux I (108) ove si discuteva se costituisse discriminazione ai sensi dell'art.37 imporre a distillatori operanti sul mercato interno in regime di monopolio il pagamento di una tassa per poter ottenere la libera disponibilità dell'alcool prodotto, nel momento in cui il pagamento di una tassa compensativa di pari ammontare non veniva richiesto all'atto della importazione a prodotti simili provenienti da altri Stati membri. Dopo aver elencato vari e contrastanti precedenti giurisprudenziali (109), l'Avvocato Generale conferma la risposta positiva al quesito espressa in Thieffry, sottolineando come essa valga tanto più nel caso di specie in quanto l'art.37, col vietare "qualsiasi discriminazione fra i cittadini degli Stati membri per quanto riguarda le condizioni relative all'approvvigionamento e agli sbocchi" si riferisce chiaramente "alle discriminazioni in ragione dell'ubicazione geografica della produzione, quale che sia la nazionalità del prodotto". D'altro canto egli ritiene opportuno evidenziare anche come tali discriminazioni, per quanto definibili come "puramente nazionali", non siano "(d)el tutto prive di nesso con fatti localizzati in un altro Stato membro", ed aggiunge poi che la loro eliminazione "si potrà ottenere unicamente nell'ambito di una organizzazione comune dei mercati grazie al riavvicinamento ed all'armonizzazione delle legislazioni" (e non è chiaro se in tal modo si escluda la possibilità di una sanzione giudiziale di tali differenziazioni

arbitrarie in assenza di organizzazioni comuni, oppure se si intenda soltanto indicare l'unico metodo che può condurre in via definitiva e completa alla loro eliminazione). Anche la Commissione (110) interviene sul tema, sia pure con argomentazioni in parte contraddittorie. Infatti, da un lato ammette che il principio di non discriminazione, essendo uno dei "principi fondamentali del Trattato", dovrebbe riguardare "anche i cittadini nazionali, ovvero taluni tra questi, oltre che i cittadini degli altri Stati membri", come confermato dalla formulazione degli artt.37, 40,3,2 e 48, e rileva che una disposizione come quella in esame sarebbe censurabile in alcuni ordinamenti interni per lesione del principio costituzionale di eguaglianza; dall'altro, si pronuncia nondimeno per l'inapplicabilità a fattispecie del tipo in esame dell'art.7, e ciò, oltre che per ragioni di stretta esegesi (111), anche e soprattutto a causa della "economia generale del Trattato, che si fonda sulla attuazione di norme destinate ad impedire agli Stati membri di discriminare i cittadini degli altri Stati membri, lasciando a ciascuno di essi il compito di tutelare i propri cittadini": "in definitiva", conclude la Commissione, "è con l'armonizzazione che si deve giungere a sopprimere queste discriminazioni a rovescio". Quanto alla Corte (112), essa affronta solo implicitamente la questione: riconosciuta l'inapplicabilità dell'art.37 nel caso di specie (113), che si ritiene invece controllato dall'art.95 relativo alla parità di

trattamento fiscale, si nega che tale norma vieti anche l'imposizione di tributi che sfavoriscano i prodotti interni rispetto ai prodotti importati, giacchè tali disequaglianze sono da considerare effetto naturale delle competenze ritenute in materia dagli Stati membri e della mancata armonizzazione delle legislazioni nazionali (114), e si lascia soltanto aperta, in via di mera ipotesi, la possibilità che discriminazioni a rovescio di altro genere siano colpite dall'art.37 (115).

Infine, può ricordarsi il più recente caso Eyssen (116) nel quale, in contrasto con la Commissione, che negava ad un produttore interno l'azionabilità del diritto comunitario contro la disparità di trattamento conseguente alla disapplicazione a vantaggio delle sole importazioni concorrenti di un dato divieto di commercializzazione (117), l'Avv. Gen. Warner (118) esclude che l'art.95, "una delle rare disposizioni del Trattato che consentono 'discriminazioni a rovescio'", possa essere utilizzato per interpretazioni estensive o analogiche e sostiene, sulla base di un discutibile richiamo alla dottrina Cassis de Dijon (119), che l'art.30 invece non si limita a vietare discriminazioni a danno di merci provenienti da altri Stati membri, ma qualsiasi normativa commerciale di ostacolo agli scambi nel mercato comune (120).

Alla base di molte delle diverse, e spesso contrastanti, posizioni dottrinali e giurisprudenziali sin qui

richiamate agisce a nostro avviso un equivoco, di cui occorre fare giustizia se si vuole per lo meno tentare di superare il presente stato di confusione e di dare una soluzione unitaria (121) e internamente coerente del problema delle discriminazioni a rovescio. Ci riferiamo al fatto che di frequente si ritiene che tali discriminazioni sussistano ogni qual volta uno Stato membro pone in essere un trattamento ingiustificatamente differenziato a danno di propri cittadini (o di prodotti interni, ecc.), e quindi, per converso, che la prova della loro sanzionabilità in diritto comunitario vada derivata da tutte quelle ipotesi in cui l'ordinamento delle Comunità riconosce ai privati nei confronti del proprio Stato di cittadinanza situazioni di vantaggio identiche a quelle attribuite a stranieri. Questa tesi, a nostro avviso, "dice troppo". L'errore consiste nel non cogliere la particolare accezione nella quale, secondo quanto si è già detto, il termine "nazionalità" va inteso nel contesto comunitario, e la possibilità, conseguente a tale interpretazione, che fattispecie attinenti al rapporto di un Stato con soggetti appartenenti alla propria comunità acquistino direttamente rilevanza comunitaria qualora, soprattutto per la presenza di elementi di "estranità" o "transnazionalità", risultino di per sé connesse agli obbiettivi istituzionalmente perseguiti.

Così, a differenza di quanto spesso si crede, il più volte citato caso Knoots non potrà essere preso ad esempio tipico della invocabilità nel foro del Lussemburgo del principio di

eguaglianza contro discriminazioni a rovescio. Le motivazioni della sentenza (122) indicano infatti chiaramente che del signor Knoors, cittadino olandese desideroso di tornare ad esercitare nella madre patria la propria professione sulla base delle qualificazioni acquisite in Belgio dove aveva a lungo lavorato, alla Corte non interessa la cittadinanza, e quindi il fatto che disconoscendogli l'azionabilità nei confronti delle autorità olandesi di certi diritti attribuiti ai lavoratori di altri Stati membri ne conseguirebbe un trattamento discriminatorio "all'inverso", ma piuttosto la sua condizione di lavoratore autonomo ostacolato nella mobilità professionale dalla circostanza di aver risieduto in un paese diverso da quello di stabilimento, e quindi la necessità che tale ostacolo venga rimosso ai fini di una piena attuazione del principio fondamentale della libera circolazione delle persone. Per dirla altrimenti, e nonostante l'apparente contraddittorietà, può ritenersi che la Corte stia qui applicando il principio del trattamento nazionale nel suo senso più classico, e cioè imponendo l'estensione del trattamento riservato a soggetti o situazioni "interne" a soggetti o situazioni "estere" (fra le quali vanno appunto incluse fattispecie come quella in esame in Knoors), estensione che peraltro, date le diversità obbiettive di condizione fra le due classi, si realizza appunto attraverso la previsione di una disciplina differenziata: insomma, per evitare una "discriminazione in base alla nazionalità", in violazione

degli artt.7 e 48 del Trattato, i Paesi Bassi erano tenuti a non applicare al Knors, nonostante la sua cittadinanza, la disciplina ordinariamente vigente per i cittadini olandesi! è facile verificare come considerazioni simili possano valere ad interpretare non soltanto le sentenze (Auer I, Broekmeulen) che in materia di libertà di stabilimento hanno ripreso e consolidato la posizione di Knors (124), ma anche molte delle ipotesi più su illustrate nelle quali si è creduto di individuare classificazioni normative sanzionate, o sanzionabili, in quanto discriminazioni a rovescio (125).

Una maggiore intelligenza della tesi qui sostenuta può forse aversi richiamando l'attenzione sulla disparità di trattamento palesemente irragionevole cui condurrebbe l'applicazione coordinata dei principi formulati dalla Corte nelle sentenze Thieffry e Auer I, e appunto sul senso in cui tale disparità andrebbe qualificata come discriminazione per violazione dell'eguaglianza comunitaria. In Auer I, pur ammettendosi che in linea di principio i lavoratori autonomi godono della libertà di stabilimento anche rispetto al proprio Stato di origine, si sostiene tuttavia che i relativi diritti non possono essere derivati direttamente dall'art.52 giacchè questo, assicurando il trattamento nazionale, "riguarda - e può riguardare - in ciascuno Stato membro solo i cittadini degli altri Stati membri, giacchè i cittadini dello Stato membro ospitante sono già soggetti, per definizione, alle norme di cui

trattasi" (126); a tal fine, si dice, occorre che siano adottate direttive previste dagli artt.54 e 57 per l'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione diversi dal possesso della cittadinanza, ed infatti è appunto la vigenza di tali direttive che consente ai giudici di Lussemburgo in Knors, Broekmeulen e Auer II di riconoscere ai privati situazioni di vantaggio di tal genere. E' evidente che nel passo citato la Corte risolve il principio del trattamento nazionale nella identità di trattamento, nella mera estensione cioè dell'ambito di applicazione della legislazione nazionale, giungendo così logicamente ad escludere che esso possa svolgere alcuna funzione per la garanzia del cittadino nei confronti del proprio Stato. E' altrettanto evidente, però, che in Thieffry la Corte attribuisce un significato diverso al fondamentale divieto di discriminazioni di cui all'art.52: affermando l'incompatibilità con tale norma, anche in assenza di direttive ex art.57, di una disposizione statale subordinante l'accesso ad una professione al possesso dei requisiti prescritti dalla legislazione del paese di stabilimento pur quando sussistano qualificazioni equivalenti conseguite in un altro Stato membro, essa fa infatti chiaramente riferimento alla eguaglianza di trattamento, alla parificazione cioè nel godimento di vantaggi e svantaggi (127); parificazione che, come appunto accade nel caso di specie, può eventualmente richiedere la previsione di una disciplina differenziata e quindi valere anche nei confronti del lavoratore cittadino che venga a trovarsi in

una situazione di fatto diversa da quella dei suoi connazionali. L'approccio interpretativo di Thieffry è senz'altro più corretto in quanto espressione, per i motivi più su esposti, di una più realistica e quindi più efficace garanzia dell'eguaglianza. Ora, considerato che l'unica differenza di rilievo con la fattispecie analizzata in Auer I era che questa atteneva ai rapporti di un privato con il proprio paese di origine (dunque, se l'Auer non fosse stato cittadino francese la Corte avrebbe raggiunto un risultato opposto riconoscendo il diritto invocato), ne deriva che allo stato questa classe di soggetti risulta esclusa dal beneficio di tale interpretazione non formalistica del principio del trattamento nazionale, beneficio di cui invece godono i lavoratori stranieri. Ebbene a noi sembra che l'ingiustizia (la discriminatorietà) della classificazione così posta in essere non risieda nel maggior vantaggio attribuito ai lavoratori cittadini di altri Stati membri, in quanto questo deriva da un'applicazione parziale di una dottrina (quella del trattamento nazionale come eguaglianza di trattamento) di per sé corretta, ma piuttosto nei maggiori oneri che il lavoratore subisce rispetto ai suoi connazionali (128) per effetto dell'applicazione indifferenziata della normativa interna nonostante la diversità della sua condizione. Anche in questo caso, dunque, la discriminazione non è "a rovescio", avendosi piuttosto una violazione "classica" del principio del trattamento nazionale, vale a dire l'ingiustificata attribuzione a

fattispecie "interne" di una situazione di privilegio rispetto a fattispecie "estere".

Se quanto fin qui osservato è corretto, quando si potrà allora parlare propriamente di "discriminazioni a rovescio", in quali ipotesi cioè sarà fondato ritenere che nell'attuazione di obblighi di diritto comunitario, o comunque in materie di rilevanza comunitaria, vengano posti in essere atti o comportamenti normativi causa di un trattamento ingiustamente deteriore di soggetti o situazioni "nazionali"?

La prassi fornisce vari esempi. Nel caso Morson e Jhanjan (129) la Corte esclude che il diritto del familiare del lavoratore cittadino di uno Stato membro occupato nel territorio di un altro Stato membro di stabilirsi all'interno di questo, previsto dall'art.10 del reg.1612/68, possa essere esteso in base agli artt.7 e 48 del Trattato anche a familiari di lavoratori occupati nel territorio dello Stato di cui hanno la cittadinanza che non abbiano mai esercitato il diritto alla libera circolazione all'interno della Comunità, giacchè, si osserva, la situazione di tali soggetti è priva di qualsiasi rilevanza per il diritto comunitario; al contrario, sia pure implicitamente si riconosce che di quel beneficio godranno sia i lavoratori cittadini che siano già stati occupati all'estero e siano ritornati nella madrepatria (130), sia i lavoratori stranieri in quanto tali, pur quando per ipotesi questi non abbiano mai

esercitato diritti comunitari di mobilità e siano stati da sempre residenti nel Paese di stabilimento (131). Ora, se la prima ipotesi di disparità di trattamento può senz'altro considerarsi "ragionevole" in quanto fondata su diversità di fatto fra i soggetti inclusi e i soggetti esclusi di evidente rilievo rispetto agli obbiettivi della disciplina in esame, non lo stesso può dirsi della seconda, giacchè il possesso o meno della cittadinanza di un altro Stato membro appare palesemente inidoneo di per sè solo a giustificare tale classificazione. Considerazioni simili possono valere per le sentenze Saunders e Rutili (132) la cui analisi comparata indica inequivocabilmente la tendenza della Corte a considerare talora, decisivo, per qualificare o meno determinate fattispecie come "situazioni puramente interne ad uno Stato membro", e quindi per ammettere o escludere la competenza comunitaria a disciplinarle, la semplice circostanza che esse riguardino i rapporti di uno Stato membro con propri cittadini piuttosto che con stranieri. Chiamata infatti nel primo caso a valutare un provvedimento di soggiorno obbligato assunto da un tribunale britannico nei confronti di una lavoratrice cittadina del Regno Unito, la Corte ritiene comunitariamente irrilevanti gli effetti restrittivi da esso prodotti alla libertà di circolazione della destinataria, appunto in quanto incidenti sul movimento di una salariata all'interno del proprio Stato di cittadinanza, quando invece nel precedente caso Rutili, di fronte ad una misura di confino, sostanzialmente

analoga, adottata dalle autorità francesi nei confronti di un lavoratore, figlio di un migrante italiano e cittadino italiano egli stesso jure sanguinis, senza esitazioni aveva ritenuto di applicare la normativa di cui all'art.48, e ciò nonostante il fatto che il soggetto garantito, al di là della nazionalità straniera, avesse con la Francia, per esservi nato ed esservi sempre vissuto, per esservi stato educato, per esservicisi sposato con una cittadina francese, legami del tutto simili a quelli dei lavoratori francesi, e quindi un identico interesse rispetto a costoro, esclusi secondo Saunders dalla tutela comunitaria, a circolarvi senza impedimenti (133).

Ancora, la già menzionata giurisprudenza sulla non opponibilità da parte di uno Stato membro dei requisiti di qualificazione, previsti dalla propria legislazione per l'accesso alle professioni, a lavoratori autonomi che abbiano svolto attività di apprendistato o conseguito diplomi in un altro Stato membro, si fonda chiaramente sul presupposto che tali attività o tali diplomi costituiscano prova del raggiungimento di livelli di qualificazione equivalenti, e della irrazionalità quindi di una duplicazione di esperienze ed esami. Tale principio, tuttavia, non varrà anche a favore di soggetti non controllati dalle norme comunitarie sulla libertà di stabilimento, che pure si trovino in una condizione simile per aver conseguito con modalità diverse da quelle legali standards di preparazione identici: così, si desume dalla sentenza Broekmeulen, il cittadino olandese che si sia

laureato in medicina in Belgio potrà ritornare in Olanda ed esercitarvi la professione senza attendere che sia trascorso il periodo di pratica previsto dalla legislazione interna, appunto perchè si riterrà che egli abbia acquisito una equivalente esperienza nel suo corso di studi all'estero, mentre di questo beneficio non godrà il suo connazionale rimasto nella madrepatria che pure riesca a dimostrare di aver raggiunto per altre vie quel medesimo risultato. Un simile fenomeno potrà prodursi rispetto al minimum di garanzie processuali che gli Stati membri sono tenuti a rispettare, in base a precise norme di diritto comunitario derivato (135), all'atto dell'adozione per ragioni di ordine pubblico di limitazioni alla libera circolazione delle persone: in questa ipotesi, infatti, la tutela dell'interesse comunitario alla mobilità della forza lavoro nel mercato comune si svolge indirettamente, attraverso la previsione di situazioni soggettive di vantaggio, quali quelle relative ad un fair trial, non legate specificamente alla condizione di lavoratore ma valide in generale per qualsiasi ipotesi di subordinazione di un individuo a misure di polizia, con la conseguente possibilità di una evidente discriminazione qualora identiche garanzie non siano riconosciute dal diritto interno, in situazioni simili, ai cittadini, o ai privati in genere (136).

Mutatis mutandis, lo stesso tipo di considerazioni può valere per la materia della libera circolazione delle merci. La dottrina Cassis de Dijon, ad esempio, nell'affermare

l'incompatibilità con il diritto comunitario di misure "egualmente applicabili" fonti di effetti restrittivi sulle importazioni ed esportazioni, sembra valere soltanto a garanzia della libera circolazione delle merci nel mercato comune, non interessando invece l'ordinamento comunitario il trattamento riservato da uno Stato membro ai flussi commerciali interni; uno Stato membro potrà dunque conformarsi agli imperativi del Trattato di Roma, qualora sia accertato il conflitto di una propria disposizione con gli artt. 30 e 34, semplicemente disapplicandola nei confronti delle sole merci oggetto di scambio intracomunitario e mantenendola in vigore per quanto concerne le altre merci. Ciò significherebbe tuttavia, nell'ipotesi (come si dirà, possibile) in cui tale conflitto non derivi dall'esistenza di un effetto protezionistico da neutralizzare, che questi beni verranno a essere gravati rispetto ad importazioni ed esportazioni da costi aggiuntivi, così subendo, quale conseguenza dell'applicazione del diritto comunitario, un ingiustificato svantaggio concorrenziale, e cioè, appunto, un trattamento deteriore discriminatorio. Già implicito in Cassis de Dijon - all'argomentazione del Governo tedesco per cui la soppressione di determinati standards di commercializzazione "non potrebbe limitarsi ai prodotti importati" dovendo al contrario "estendersi imperativamente anche alla produzione nazionale, a pena di nuove discriminazioni" (137), l'Avvocato Generale risponde che invece "dal punto di vista del diritto comunitario" lo Stato membro non

incontra sotto tale profilo alcun limite (138) - questo aspetto può cogliersi con maggiore chiarezza nel caso Oebel in cui, fra gli altri motivi addotti contro la già illustrata normativa tedesca imponente il divieto di produrre pane in determinate ore notturne, vi era anche quello per cui, non applicandosi anche ai concorrenti stranieri, essa finiva col favorirli consentendo loro di esportare in Germania a costi inferiori, e ciò in palese violazione del principio di non discriminazione di cui all'art.7 (139). Anche se la Corte, ritenendo tale articolo inapplicabile alla fattispecie (140), evita di entrare nel merito della questione, questa trova una sua indiretta risposta nel fatto che, valutando successivamente la compatibilità della normativa in esame con la disciplina sulla libera circolazione delle merci, il giudice del Lussemburgo non da alcun rilievo appunto alla incidenza negativa che l'indicata disparità di trattamento ha sulla competitività dei beni tedeschi, e ciò nonostante questa comporti una distorsione "artificiosa" del gioco concorrenziale che, se realizzata a danno di importazioni o esportazioni, troverebbe verosimilmente sanzione nel foro comunitario (141).

E' evidente quale sia l'elemento comune caratterizzante tutte queste ipotesi di discriminazioni a rovescio "in senso proprio": l'ingiustificata disparità di trattamento costituisce l'effetto - eventuale, in quanto diversità obbiettive della fattispecie svantaggiata consentiranno spesso di escludere

l'ingiustizia della classificazione (142) - dei limiti di competenza dell'ordinamento comunitario, della irrilevanza cioè per questo della disciplina di determinati soggetti o situazioni e della conseguente inoperatività a loro garanzia di posizioni giuridiche attive riconosciute a soggetti o situazioni simili interessate invece dal processo integrativo.

Questa ricostruzione sembrerebbe implicare una soluzione quasi ovvia, immediata, al problema della valutazione che tali discriminazioni debbono trovare in diritto comunitario: piuttosto che lecite, esse sarebbero per l'ordinamento indifferenti, e ciò appunto in quanto incidenti su rapporti di per sé estranei all'ambito su cui si estendono le competenze delle Comunità. In questa direzione si muove senz'altro la Corte. Al di là dell'antica e poco chiara pronuncia Wilhelm (143) dalla quale qualche Autore ha creduto di poter derivare la censurabilità ex art.7 delle discriminazioni a rovescio (144), rileva infatti che in casi come Saunders o Morson e Jhanjan la definizione di certe fattispecie come "puramente interne" sia stata sufficiente ad escludere la necessità o doverosità di una qualsiasi ulteriore indagine sulla legittimità comunitaria del trattamento normativo ad esse riservato; oppure, per l'opposto, che la sanzione di discriminazioni praticate da parte di uno Stato membro a danno di propri cittadini sia stata ritenuta possibile soltanto in presenza di elementi di "transnazionalità" tali da ricollegare la fattispecie alle finalità tipiche

dell'integrazione (145). In altre sentenze questa posizione emerge in modo ancora più netto. In Kenny (166), ad esempio, posto che spetta alle leggi nazionali di previdenza sociale stabilire le proprie condizioni di applicabilità "purchè tali condizioni si applichino indiscriminatamente ai cittadini dello Stato membro interessato e a quelli degli altri Stati membri", la Corte prosegue spiegando cosa intende per discriminazione, e cioè che questa si avrebbe "qualora le condizioni attinenti all'acquisto o alla conservazione del . . . diritto fossero definite in maniera tale da poter essere soddisfatte, in pratica, solo dai cittadini dello Stato membro interessato, oppure se le condizioni relative alla perdita o alla sospensione del diritto stesso fossero definite in guisa tale da poter essere, di fatto, soddisfatte più agevolmente dai cittadini di altri Stati membri che da quelli dello Stato membro in cui ha sede l'ente competente": con il che non si mostra soltanto di ritenere che l'obbligo del trattamento nazionale opera soltanto in una "direzione", e cioè a favore di stranieri comunitari (rectius, di fattispecie di rilevanza comunitaria), ma, più in generale, si indica come in nessuna considerazione vengano tenuti ai fini della garanzia dell'eguaglianza trattamenti deteriori eventualmente riservati ai cittadini nazionali (rectius, a fattispecie di rilevanza interna). O ancora in Cinzano (147), nella valutazione di una tassa sulle importazioni di alcoolici istituita da uno Stato membro al fine di compensare un onere

fiscale gravante su simili beni di produzione nazionale, mentre l'Avv. Gen. Dutheillet de Lamothe definisce l'adozione di tale provvedimento legittima in quanto adempimento di un "obbligo imposto dal Trattato" onde evitare una disparità di trattamento "perniciosa alla leale concorrenza alla stessa guisa delle discriminazioni che pregiudicano gli importatori" (148), la Corte si limita invece a porre come unica condizione di legittimità il fatto che esso non gravi sui beni importati in misura maggiore di quanto gravi sui beni succedanei di produzione interna, qualificando così l'intervento sanatorio dello Stato membro come una mera facoltà, e quindi implicitamente confermando l'indifferenza dell'ordinamento comunitario nei confronti di forme di reverse discriminations (149).

Questa posizione teorica appare corretta, ma insufficiente. Se è infatti indubbio, in linea di principio, che fattispecie in sè estranee all'ambito materiale su cui si estende la competenza "d'attribuzione" delle Comunità sfuggano a qualsiasi possibilità di valutazione da parte dell'ordinamento di queste, d'altro canto sembra pure possibile ritenere che, in almeno tre ipotesi, una disciplina discriminatoria di tali fattispecie debba essere oggetto di considerazione, se non addirittura di censura, da parte del giudice comunitario. In primo luogo, irrilevanza della fattispecie non significa sempre e necessariamente anche irrilevanza degli effetti ai quali un loro trattamento ingiustamente differenziato può dare luogo. Il

qualsiasi classificazione ingiustamente fondata sul criterio sospetto della nazionalità, indipendentemente cioè dall'accertamento di una lesione di finalità tipiche dei trattati, quali la libera circolazione delle persone o delle merci, e si giungesse perciò ad escludere in linea di principio che l'interpretazione o l'applicazione del diritto delle Comunità possa condurre a trattamenti discriminatori di tal genere. Anche se taluni interventi di Avvocati Generali potrebbero essere letti come una conferma in questo senso (pensiamo alle conclusioni del Reischl in Knors e del Warner in Auer I in cui si nega che l'art.52,1 possa comunque interpretarsi nel senso di ammettere discriminazioni fra cittadini degli Stati membri giacchè una tale interpretazione "violerebbe un principio fondamentale del Trattato CEE" (151)), ci sembra tuttavia che questa ipotesi, pure teoricamente configurabile, non sia conciliabile con il diritto effettivamente vigente all'attuale stadio di sviluppo del processo integrativo.

Infine, anche quando non passibili di sanzione nel foro delle Comunità, le discriminazioni a rovescio potranno trovarvi un rilievo indiretto per altri motivi. Pensiamo in particolare al caso in cui lo Stato membro interessato risulti obbligato ad eliminarle in ottemperanza a norme interne di rango costituzionale (152), e ciò possa attuarsi soltanto disapplicando le norme di diritto comunitario disciplinanti la materia (153): come sembra suggerire l'Avv. Gen. Capotorti in Oebel (154), una

simile circostanza potrà infatti valere come indizio nella verifica della "necessarietà" del ricorso da parte di tale Stato ad una delle deroghe che l'ordinamento eccezionalmente prevede a propri principi. Oppure può considerarsi l'ipotesi in cui tali disparità di trattamento, pur di per sé non in conflitto con il diritto comunitario (155), vengano qualificate come fenomeni di "distortion" effetto della diversità di contenuto delle legislazioni nazionali e rendano quindi azionabile la procedura di "armonizzazione" di cui agli artt.100 e ss.

L'approccio sin qui suggerito consente, ci sembra, una notevole semplificazione del problema delle discriminazioni a rovescio ed al tempo stesso una impostazione di questo più coerente con principi e struttura dell'ordinamento comunitario. Esso porta infatti, in prima istanza, ad accertare che ci si trovi effettivamente di fronte ad una discriminazione di tal genere, ciò che dovrà escludersi quando fattispecie apparentemente "interne", e perciò non soggette a determinati benefici di diritto comunitario, ad una più attenta analisi risultino parimenti rilevanti per gli obbiettivi integrativi perseguiti e perciò destinatarie del medesimo trattamento normativo; oppure quando la disparità di trattamento fra fattispecie "interne" e fattispecie "comunitarie" apparirà fondata su diversità di fatto che la rendano coerente con i valori di giustizia distributiva tutelati nelle Comunità (e

quindi di riflesso anche, in base alla dottrina della primauté, con il principio d'eguaglianza eventualmente sancito negli ordinamenti statali interessati). D'altro canto, nelle ipotesi residue in cui si verificherà l'esistenza di una discriminazione a rovescio in senso proprio, il fatto che questa riguardi soggetti o situazioni al di fuori della competenza comunitaria non basterà a sostenere che essa sfugge ad una qualsiasi valutazione da parte del giudice del Lussemburgo, giacchè dovrà comunque accertarsi se i profili di irrazionalità o irragionevolezza che tale disparità di trattamento esprime non siano direttamente o indirettamente in conflitto con l'ordinamento, oppure rappresentino presupposti o elementi costitutivi di fattispecie cui l'ordinamento ricollega particolari regimi giuridici (deroghe al diritto comune, ravvicinamento delle legislazioni).

1.2. discriminazioni fra operatori economici nel mercato comune.

La disciplina dedicata dal Trattato di Roma all'agricoltura consente di cogliere un altro profilo tipico di discriminatorietà allorchè, nel definire all'art.40,3,2 le caratteristiche delle istituende organizzazioni comuni di

mercato, esclude che queste possano comportare "qualsiasi discriminazione fra produttori o consumatori delle Comunità".

Attraverso questa norma trova in realtà espressione un principio di più ampia portata, operante in via generale nell'ordinamento comunitario nel suo complesso, e precisamente la presunzione di irragionevolezza o irrazionalità nei confronti di qualsiasi classificazione normativa che incida, direttamente o indirettamente, sulla parità di condizioni e sulla libertà di comportamento degli operatori economici nel mercato comune. Lo stesso significato e la stessa funzione possono infatti attribuirsi agli imperativi di non discriminazione di cui agli artt. 4 e 60 CECA e 85 e 86 CEE, o, per restare alle materie più specificamente oggetto della nostra analisi, ad alcuni divieti derivabili dalle norme sulla libera circolazione delle merci. In Kramer, ad esempio, chiamata a valutare misure statali limitative del volume dell'attività di pesca, la Corte non si preoccupa di accertare l'esistenza o meno di disparità di trattamento fondate sulla origine o destinazione dei prodotti, oppure di restrizioni agli scambi dovute alla diversità di legislazione degli Stati membri, ma ritiene invece sufficiente, per fondare un sospetto di incompatibilità degli effetti restrittivi di tali misure con il diritto comunitario e per svolgere uno scrutinio "profondo", il semplice fatto che queste abbiano per oggetto "quote di cattura", vale a dire un limite alla libertà d'azione e di intrapresa degli operatori del settore, da considerare come tale prima facie

illecito (156). Oppure in Van Haaster (157), di nuovo rispetto ad un regime di contingentamenti alla produzione, in contrasto con la Commissione per la quale provvedimenti restrittivi di tal genere andrebbero sanzionati ex art.34 come "misure d'effetto equivalente" solo qualora gravino sulle esportazioni in misura maggiore che sui prodotti smerciati all'interno (158), la Corte ritiene invece sufficiente rilevare che "un'organizzazione nazionale che tenda a limitare la produzione altera, o comunque può alterare, il sistema comunitario degli scambi" (159), indicando così l'autonomo rilievo che la sanzione delle discriminazioni "fra produttori o consumatori" assume rispetto agli altri profili tipici ricorrenti nella prassi comunitaria. Certo, il valore di precedente di queste pronunce verrebbe ad essere ridotto qualora si sostenesse che in questi casi la Corte si sia in realtà limitata ad applicare la particolare disciplina vigente per le organizzazioni comuni di mercato cui quei prodotti risultavano sottoposti (160), più che ad enunciare massime di portata generale: questa tesi, tuttavia, non ci sembra possa essere condivisa. Se si comprende esattamente lo scopo per il quale il Trattato prevede la eliminazione degli ostacoli al libero scambio (come si è già detto, la creazione, in vista di più alti livelli di efficienza del sistema economico complessivo, di una unione doganale controllata dalle regole liberoconcorrenziali), appare subito chiaro come potranno darsi ipotesi di misure restrittive che, pur traducendosi in eguali

costi per importazioni-esportazioni e produzione interna e non influenzando quindi sulla loro competitività relativa, e pur risultando comuni agli ordinamenti di tutti gli Stati membri si da non dar vita a fenomeni di "distortion", si porranno nondimeno in contrasto con tale obiettivo, appunto per la (probabile) "irrazionalità economica" della classificazione cui danno origine e per gli sviamenti del gioco concorrenziale che ne possono conseguire. Si pensi al caso Groenveld (161) allorchè, a sostegno di un divieto imposto ai fabbricanti di salumi di utilizzare carne equina, il Governo olandese afferma che tale misura è finalizzata a proteggere le esportazioni di tali beni in paesi nei quali c'è prevenzione per il consumo di tale carne: ad una corretta interpretazione del significato che il principio comunitario di non discriminazione assume nella materia, questa espressa ammissione del fatto che la disciplina favorisce certi operatori economici a danno di altri dovrebbe di per sè bastare, anche qualora la misura fosse "egualmente applicabile", priva di effetti protezionistici, ed in vigore in tutte le legislazioni nazionali, per far ricadere sullo Stato l'onere di giustificare le disparità di trattamento introdotte e superare la presunzione di illegittimità delle restrizioni sui flussi commerciali ad esse conseguenti. E considerazioni simili dovrebbero secondo noi valere per qualsiasi differenziazione normativa che falsando il valore "naturale" di scambio dei beni, o vietandone tout court la circolazione, porti ad una allocazione dei fattori produttivi

diversa da quella (ottimale) che conseguirebbe al libero operare delle forze economiche nel mercato comune.

Queste ultime osservazioni già indicano quale sia il "sospetto" di lesione della nozione materiale di eguaglianza cui classificazioni del tipo in esame danno origine. Ispirandosi dichiaratamente ad una "ideologia liberista", l'ordinamento comunitario reagisce negativamente a qualsiasi esercizio di potere normativo, pubblico o anche privato, che alteri la dinamica spontanea del mercato, in quanto presume l'inefficienza della distribuzione delle risorse che ne è l'effetto, e dunque l'ingiustizia della "espropriazione di utilità" a danno di certe categorie e a vantaggio di altre che in tal modo si produce. Una presunzione, questa, che poi ammetterà sempre la prova contraria, giacchè l'ordinamento aderisce ad una nozione "matura" di liberismo economico, e ragiona quindi non in termini di assoluto "laissez faire" ma piuttosto di concorrenza "sana" o "regolare" (162), facendo perciò salva la legittimità di atti o comportamenti normativi con questa compatibili, se non addirittura necessari per mantenerne o restaurarne le condizioni. Si potrebbe qui osservare che, in senso lato, discriminazioni "economiche" di questo genere dovrebbero essere considerate anche quelle fondate sulla nazionalità o quelle derivanti dal frazionamento normativo del mercato comune, in quanto il valore di giustizia distributiva protetto attraverso la loro sanzione è, per lo più, ugualmente quello della efficienza dei rapporti

economici interessati dal processo integrativo; ciò che trova conferma nel fatto che talvolta questi profili tipici di discriminatorietà finiscono col sovrapporsi nell'ambito di una medesima fattispecie (163). Una loro analisi distinta sembra giustificarsi tuttavia per il ruolo specifico che ciascuno di essi può svolgere nel giudizio comunitario di eguaglianza, e quindi soprattutto per la possibilità, non sempre colta con chiarezza (come dimostrano teoriche quali quella dell' "armonizzazione di fatto" in materia di circolazione delle merci (164)), che proprio in base al criterio sospetto qui in esame venga sottoposta a controllo, quale possibile fonte di disparità di trattamento, irragionevoli o irrazionali, qualsiasi differenziazione fra operatori economici del mercato comune.

In questa prospettiva appaiono discutibili le interpretazioni restrittive di questo criterio di classificazione date dalla giurisprudenza comunitaria, soprattutto in riferimento all'art.40,3,2. Innanzitutto non è chiaro chi siano i "produttori" ed i "consumatori" garantiti dal divieto di discriminazioni: se in Duerbeck (165) la Corte sembrerebbe implicitamente far rientrare all'interno di tale categoria anche gli importatori di beni agricoli, e se in Grosoli II (166) e in Van Walsum (167) riconosce la necessità di "garantire . . . l'uguaglianza e la continuità di accesso" (alla ripartizione di alcuni contingenti di importazione agevolata da Stati terzi) "di tutti gli operatori interessati" (168), in Faust (169) invece si

riserva la questione del se un agente commerciale di un paese terzo fornitore del mercato comune possa definirsi produttore o consumatore della Comunità, sulla scia probabilmente delle stesse considerazioni che nel precedente caso Merkur avevano condotto l'Avv. Gen. Mayras ad escludere che l'art.40,3,2, valesse anche a tutela di commercianti ed esportatori di prodotti agricoli (170). Naturalmente, come la stessa sentenza Faust dimostra (171), resta sempre possibile il ricorso da parte di qualunque soggetto destinatario di norme comunitarie al "principio generale di eguaglianza", riconosciuto com'è noto dalla Corte in via pretoria fra i principi di diritto non scritto dell'ordinamento; non va tuttavia dimenticato che questa garanzia opera in primis a fronte di atti e comportamenti delle istituzioni e che resta incerto se essa valga anche nei confronti degli Stati membri (e dei privati), soprattutto quando questi non agiscano come "gestori" di interessi comunitari ma nell'esercizio di propri poteri riservati. Ciò significa che se interpretazioni letterali e restrittive dei termini "produttore" e "consumatore" di cui all'art.40,3,2, dovessero affermarsi, molti privati, senz'altro qualificabili come operatori economici e quindi potenziali destinatari di discriminazioni del tipo in esame, potrebbero trovarsi privi di tutela, e ciò nonostante l'evidente lesione che il loro trattamento ingiustamente differenziato parimenti opererebbe dei valori comunitari di giustizia distributiva più su richiamati. Lo stesso potrebbe dirsi qualora si affermasse la

tesi adombrata da Commissione e Consiglio (172) per cui il divieto posto dall'art.40, riferendosi a discriminazioni fra produttori e non fra prodotti, consentirebbe che questi ultimi venissero gravati da oneri differenziati, senza nessuna possibilità di controllo in merito alla legittimità di tale classificazione, nel caso in cui unico fosse l'operatore interessato dalla disciplina e questi risultasse in grado di "recuperare" gli svantaggi subiti in un settore "bilanciandoli" con i vantaggi conseguiti in un altro: giustamente rifiutata dall'Avv. Gen. Reischl (173), questa tesi fraintende palesemente attraverso argomentazioni formalistiche la vera funzione del divieto di discriminazioni in esame che è quella di colpire qualsiasi elemento di "irrazionalità economica" in rapporti di rilevanza comunitaria, e quindi anche le sottrazioni di redditività al produttore o di utilità al consumatore che conseguirebbero alla imposizione immotivata di costi aggiuntivi su determinati beni.

Non convince nemmeno il principio espresso dalla Corte in Balkan I (174) allorchè afferma che l'art.40 si limiterebbe a vietare qualsiasi discriminazione tra produttori o tra consumatori, mentre l'equilibrio tra gli opposti interessi di queste due categorie di soggetti risulterebbe disciplinato dall'art.39 e dalle relative norme secondarie emanate dalle istituzioni: se infatti è corretto ritenere che per la loro natura eminentemente politica le valutazioni a tal fine

necessarie spettino ordinariamente agli organi "legislativi" delle Comunità e che nei loro confronti si giustifichi un atteggiamento di deferenza giudiziale, ciò non toglie tuttavia che tali valutazioni non potranno mai essere pienamente discrezionali, incontrando sempre il limite derivante dal rispetto della Grundnorm della eguaglianza di fronte alla legge e quindi anche, in attuazione di questa, il divieto di quei trattamenti deteriori dei produttori a vantaggio dei consumatori (e viceversa) che risultino in conflitto con le esigenze di una efficiente allocazione delle risorse.

Più comprensibile è che si individui nella succedaneità dei beni oggetto di produzione o di consumo una precondizione necessaria per l'operatività del profilo tipico di discriminatorietà in esame, giacchè "solo così riesce normalmente possibile comparare le rispettive situazioni ed accertare l'eventuale trattamento discriminatorio" (175): in tal senso in Koninklijke Scholten Honig (176) la Corte esclude che vi sia discriminazione nella mancata concessione ai produttori di isoglucosio di una restituzione alla produzione garantita ai produttori di altri beni dell'industria dell'amido, appunto in base alla considerazione che tali beni non sono in competizione fra loro, ed anzi sembra addirittura richiedere (177), affinché il giudizio di eguaglianza abbia luogo, che la sostituibilità dei beni oggetto di comparazione superi una certa "soglia" minima di significatività (178). Senz'altro corretta nella parte in cui

esprime la quasi tautologica considerazione per cui in tanto potrà valutarsi la compatibilità con i principi liberoconcorrenziali di una data classificazione normativa in quanto la fattispecie considerata (soggetti inclusi, soggetti esclusi) attenga effettivamente ad una situazione caratterizzata da rapporti di concorrenzialità, questa tesi richiede tuttavia di essere specificata e precisata. Innanzitutto va dato risalto alla possibilità che, per effetto della crescente interpenetrazione fra i diversi settori produttivi, vengano ad originarsi fenomeni di "contagio" economico (179), tali da far sì che una certa disciplina differenziata di beni, del tutto giustificabile in un dato mercato, risulti discriminatoria per gli svjamenti del gioco concorrenziale che irragionevolmente produce, di riflesso, in un altro mercato, e ciò anche quando fra non tutti i beni circolanti nel primo e nel secondo sussista un rapporto di succedaneità. Un prodotto può infatti avere talvolta una pluralità di usi tra loro notevolmente differenti, e può quindi risultare vendibile in una pluralità di mercati, entrando così in concorrenza con beni altrettanto differenti e fra di loro, in ipotesi, non sostituibili; ora, se al prodotto viene garantito un vantaggio "artificiale" e tuttavia lecito ("economicamente razionale") per motivi legati alla sua posizione su un certo mercato (ad esempio: l'assicurazione di un equo tenore di vita ai fornitori della materia prima utilizzata per la fabbricazione di un certo prodotto, attraverso la fissazione di prezzi minimi garantiti,

potrebbe giustificare una corrispondente attribuzione di aiuti all'impresa produttrice onde consentirle di recuperare rispetto alla concorrenza l'aggravio nei costi così subito), questo stesso vantaggio verrà goduto dal prodotto anche sugli altri mercati nei quali si colloca e, qualora non vi sussista una identica situazione, esso finirà probabilmente col rappresentare una immotivata rendita di posizione a danno della regolarità del gioco concorrenziale in tali mercati. Questo fenomeno (che poi nient'altro è se non un'ipotesi particolare di "discriminazione indiretta") sembra noto al legislatore comunitario: si pensi a quel regolamento istitutivo di un sistema di restituzioni alla produzione per i prodotti di base impiegati nella industria amidiera (180) che, nello stabilire particolari benefici a vantaggio dei produttori di amido al fine di riequilibrarne la posizione concorrenziale rispetto ai concorrenti produttori di derivati del petrolio appunto per evitare distorsioni del genere appena indicato, ha ritenuto opportuno estendere quei benefici anche a favore dei produttori di quellmehl, fecola e gritz, per il solo fatto che tali prodotti risultavano succedanei all'amido su altri mercati ed andavano perciò tutelati nella loro competitività relativa rispetto a tale bene. Ed è interessante notare come da alcune sentenze (181) possa derivarsi che la Corte considera tale modo di procedere dovuto, e cioè che sarebbe incline a sanzionare come discriminazione comunitariamente illecita la mancata sanatoria delle perturbazioni causate

all'equilibrio di un mercato da interventi normativi su di un mercato diverso, anche eventualmente finalizzati alla attuazione della parità di trattamento fra altri prodotti. Ciò significa che l'indicata condizione di comparabilità va accertata con realismo ed attenzione, cogliendo e valorizzando nessi di concorrenzialità non sempre a prima vista evidenti e nondimeno rilevanti al fine di una reale garanzia dell'eguaglianza fra gli operatori economici del mercato comune.

Più in generale non va poi dimenticato che, secondo gli insegnamenti della teoria economica, l'elasticità relativa delle domande di beni non è mai pari a zero in quanto saranno sempre concepibili variazioni dei prezzi tali da spingere il consumatore, data la sua scala di preferenze, ad acquistare un certo bene piuttosto che un altro, anche quando questi rispondano a bisogni diversi e non siano quindi in diretta concorrenza fra di loro: in tal senso può dirsi che, in ultima istanza, una situazione di sostituibilità (e competitività) fra i beni, sia pure a livelli diversi, potrà sempre essere individuata. D'altronde, il limite di cui si discorre appare in una prospettiva del tutto diversa qualora il divieto di discriminazioni fra produttori e consumatori venga interpretato dando rilievo non ai prodotti bensì, più in generale, alle risorse produttive, o meglio alle possibili e distinte ipotesi di una loro allocazione nell'ambito del processo economico, giacchè tali ipotesi saranno sempre "in concorrenza" fra di loro ed il

mercato andrà tutelato da interventi esterni (ad esempio, aiuti) che falsino i termini del calcolo di convenienza che rispetto ad esse si esercita.

Per questi motivi si dovrà dunque ritenere che la sanzione di "discriminazioni economiche" valga anche rispetto al trattamento differenziato di beni eterogenei ma caratterizzati, sia pure eccezionalmente, da un rapporto di succedaneità, oppure di operatori, agenti in settori produttivi del tutto diversi, ma fra loro "concorrenti" appunto in quanto investitori fronteggiati dal comune problema di allocare razionalmente un dato capitale di risorse scarse fra soluzioni alternative. Certo, la valutazione sulla ragionevolezza o razionalità di una classificazione normativa incidente su produttori o consumatori sarà tanto più facile quanto più diretta ed evidente sarà la concorrenzialità dei beni in questione, giacchè, nel caso di beni con un ridotto grado di sostituibilità o di soggetti agenti in mercati diversi, aumenteranno le diversità fattuali delle fattispecie e quindi le possibilità di dare fondamento e giustificazione alle disparità di trattamento. Nondimeno, nonostante le apparenze, anche in questi casi la garanzia comunitaria dell'eguaglianza potrà e dovrà operare, consentendo, quale che sia poi l'esito del giudizio, che si svolga il controllo della compatibilità delle classificazioni introdotte con il principio di non discriminazione.

Quanto al contenuto, causa di "discriminazioni fra operatori economici nel mercato comune" potranno essere i più vari atti o comportamenti normativi che stabiliscono limiti o condizioni relativamente all'accesso al mercato o al comportamento nel mercato. In generale, può dirsi che qualsiasi intervento "dirigista" da parte di istituzioni comunitarie o da parte di Stati membri, così come qualsiasi differenziazione di trattamento posta in essere da privati e tale da influire sull'andamento del mercato, potrà cadere sotto il giudizio della Corte come possibile fonte di discriminazioni illecite. La prassi considerata in questo studio indica che tali possono essere considerati, ad esempio, divieti o condizioni di produzione o commercializzazione, restituzioni alla produzione o aiuti in genere, prelievi sulle importazioni, quote di mercato, standards minimi di qualità; ma anche, boicottaggi privati, pratiche mercantili selettive, e così via.

Naturalmente atti del genere adottati dalle Comunità (o eventualmente dagli Stati membri quali "gestori" di interessi comunitari) risulteranno nella maggior parte delle ipotesi finalizzati al perseguimento di obbiettivi leciti, quali la redistribuzione equitativa del reddito agricolo o la tutela di un modello di concorrenza "sana" rispetto a comportamenti devianti o a vizi strutturali del sistema economico. In questi casi la funzione del giudizio comunitario di eguaglianza sarà quella, non meno importante, di verificare che questi interventi, di per sè

turbatori dello spontaneo svolgersi dei rapporti di mercato, si mantengano nei limiti dello stretto necessario, giacchè qualsiasi eccesso verrà a significare, come appunto suggerisce la presenza del criterio sospetto di classificazione in esame, l'esistenza di una lesione presumibilmente ingiustificata del valore dell'efficienza liberoconcorrenziale. Così in Denkavit (182), quando nega che dia luogo a una discriminazione ai sensi dell'art.40,3,2, un regolamento attribuyente aiuti differenziati a prodotti apparentemente simili nella misura in cui questi aiuti appaiono commisurati alle distinte necessità dei relativi mercati, la Corte non fa altro che accertare che tali misure di sostegno, in sé incoerenti con i principi del libero mercato ma giustificate da altri interessi comunitariamente protetti, siano razionali rispetto allo scopo perseguito e perciò non produttive di ulteriori superflue (e perciò illecite) alterazioni del gioco concorrenziale. E lo stesso approccio è espressamente seguito in Holtz (183) ove, posto che "elementi delle organizzazioni comuni di mercato, come provvedimenti protettivi, sovvenzioni, aiuti ecc., possono essere differenziati, su base regionale o altra base relativa alle condizioni di produzione o di consumo, solo in funzione di criteri obiettivi, che garantiscano l'equilibrata ripartizione di vantaggi e svantaggi fra gli interessati nell'intera Comunità", la Corte esclude in linea di principio (184) la legittimità di sovvenzioni aggiuntive volte a sopperire alle difficoltà incontrate da certi operatori a causa della loro

maggiore lontananza dai centri di produzione delle materie prime, così chiaramente indicando come anche l'attuazione di politiche e discipline "protezionistiche" debba svolgersi rispettando, nella misura del possibile, vantaggi e svantaggi "naturali" delle forze di mercato. Ed ancora, in base a questo stesso tipo di motivazioni si giustificherà il controllo ex art.40,3,2, di misure "dirigiste" quali i c.d. importi monetari compensativi, oneri finanziari miranti a correggere le distorsioni che sul valore dei prodotti agricoli sottoposti a prezzi amministrati derivano dalle fluttuazioni del corso dei cambi degli Stati membri, e che, appunto a causa delle continue modificazioni cui questi vanno soggetti, possono facilmente trasformarsi da strumenti di razionalizzazione delle organizzazioni comuni di mercato in causa di quegli stessi squilibri alla cui correzione sono preposti (185).

Infine, posto che, come già si diceva, la presunzione di discriminatorietà di cui si discorre, per effetto dell'adesione ad una nozione "matura" di liberismo, è considerata dall'ordinamento solo relativa, la giurisprudenza consente di individuare due specifici gruppi di ipotesi in cui disparità di trattamento fra operatori economici nel mercato comune risultano invece coerenti con la nozione materiale di eguaglianza comunitariamente protetta, e perciò non passibili di sanzione. Da un lato, la differenziazione normativa potrà limitarsi a riflettere diversità "naturali" delle fattispecie economiche

oggetto di comparazione, vale a dire caratteristiche di queste che in base alla teoria liberoconcorrenziale è corretto incidano, positivamente o negativamente, sulla struttura dei costi e delle preferenze: già presente in varie sentenze in materia di diritto della CECA (186), questo approccio ha portato ad escludere la discriminatorietà di misure che favorivano maggiormente imprese avvantaggiate dalla maggiore stabilità del proprio mercato nazionale (187), da migliori rapporti commerciali con i fornitori di materie prime (188), da una più fortunata posizione geografica (189), oppure che penalizzavano la minore competitività di produttori o commercianti dovuta ad autonome scelte di politica economica o monetaria del loro Stato d'origine (190), o a fenomeni congiunturali interessanti il sistema economico in cui agiscono (191), ad errate decisioni imprenditoriali (192), alla peggiore qualità del prodotto (193), o ancora che parificavano nel trattamento non fornendo tutela a posizioni di mercato "tradizionali" ma non giustificate da migliori rendimenti (194). D'altro lato, la classificazione normativa potrà ritenersi necessaria per restaurare condizioni di concorrenzialità artificialmente alterate o per ovviare alle inefficienze cui il libero agire delle forze di mercato può talora condurre: così il sistema degli importi monetari compensativi è stato difeso da ripetute impugnazioni e allegazioni di discriminatorietà in virtù della sua "neutralità economica", e cioè del suo essere funzionale alla salvaguardia del rapporto reale di

concorrenzialità fra i beni (195), così si sono ammesse misure speciali volte a facilitare l'adattamento al mercato comune di imprese meno competitive ma strutturalmente sane, e, più in generale, a consentire processi di ristrutturazione industriale e di razionalizzazione dell'economia (196), così si sono permesse quote di produzione restrittive degli scambi nel breve periodo ma indispensabili nel lungo periodo alla "riproduzione" del relativo mercato (197).

1.3. discriminazioni per frazionamento normativo.

Secondo la previsione dei trattati istitutivi, il processo integrativo comunitario non si svolge attraverso un totale "assorbimento" delle competenze degli Stati membri da parte delle Comunità ed una altrettanto completa uniformizzazione normativa, ma al contrario presuppone, proprio come elemento costitutivo della sua specifica identità "sovranaazionale", la persistente sovranità statale e la varietà di legislazione che ne deriva. Ciò consente di individuare un ulteriore profilo tipico di discriminatorietà. Per la coesistenza di una pluralità di fonti di produzione giuridica fra loro indipendenti potrà infatti accadere che una stessa fattispecie, di diretta o indiretta rilevanza comunitaria, venga subordinata, nei vari ordinamenti nazionali, a comandi difformi, e che la disparità di

trattamento così posta in essere risulti di ostacolo al conseguimento degli obiettivi di giustizia distributiva perseguiti dall'ordinamento delle Comunità. In questa ipotesi, si badi (198), la censura non cade sul contenuto dell'atto normativo in quanto tale (che potrebbe essere in sé compatibile con la nozione materiale di eguaglianza protetta), ma sulla classificazione ingiusta che si determina a causa della difformità tra questo e la legislazione vigente per la disciplina della medesima fattispecie negli altri Stati membri (ma anche, eventualmente, in uno Stato terzo).

La sanzionabilità in diritto comunitario di queste "discriminazioni per frazionamento normativo" è in realtà tutt'altro che pacifica. Un primo argomento in senso contrario è rappresentato dalla tesi, ricorrente in dottrina (199) e giurisprudenza (200), secondo la quale una lesione del principio di eguaglianza presupporrebbe sempre, per definizione, "the identity on the part of the discriminating subject", condizione evidentemente non soddisfatta nell'ipotesi in esame. Questa tesi è già stata illustrata e criticata in precedenza, come uno dei più ricorrenti equivoci cui conduce la mancata comprensione della natura relazionale del principio e della struttura analitica del relativo giudizio. Rinviano a quanto osservato in quella sede, basterà qui ribadire che il trattamento che la fattispecie sottoposta a disciplina riceve in altri ordinamenti o da parte di altri soggetti costituisce per l'ente fonte dell'atto o

comportamento sottoposto a scrutinio un mero fatto, cui l'ente può dare o meno rilievo nella definizione della classificazione normativa, con l'onere consueto di giustificare la relativa scelta alla luce dei valori di giustizia distributiva tutelati.

Maggiori problemi possono piuttosto sorgere per la previsione nel Trattato di Roma, agli artt.100 - 102, di una apposita procedura in vista del ravvicinamento e dell'armonizzazione delle leggi, regolamenti o prassi amministrative nazionali incidenti sulla instaurazione e sul funzionamento del mercato comune, e in particolare per l'eliminazione delle "distorsioni" del gioco concorrenziale cui la loro difformità può eventualmente dare origine. Considerata come uno strumento di integrazione alternativo rispetto alla produzione di norme comuni uniformemente vigenti nel territorio delle Comunità (201) ed ispirato al valore fondamentale dell'autonomia sovrana goduta dagli Stati membri in tutte le materie appunto non controllate da discipline di tal genere, questa procedura è stata spesso individuata come l'unico legittimo mezzo per l'eliminazione, nel rispetto dell'equilibrio di poteri fra Comunità e Stati membri voluto dai trattati, delle disparità di trattamento effetto del frazionamento normativo: ciò che ha quindi portato ad escludere, in linea di principio, qualsiasi possibilità di una loro diretta sanzione giudiziale. Frequente nel dibattito sulle "misure egualmente applicabili" in tema di restrizioni quantitative ai flussi commerciali (202), e

quasi un luogo comune di tanta giurisprudenza della Corte (203), questa tesi dimentica tuttavia un principio altrettanto fondamentale del diritto vivente comunitario, quello della "funzionalizzazione" dei poteri statali al conseguimento degli obbiettivi dell'integrazione, e quindi non coglie come l'atto o comportamento normativo statale, armonizzabile o meno, possa sempre essere preliminarmente valutato in merito alla compatibilità del suo contenuto dispositivo o dei suoi effetti con tali obbiettivi, e quindi anche con le finalità comunitarie di giustizia distributiva. Più recenti pronuncie (specificamente, Cassis de Dijon e la sua progenie (204)), nelle quali si insiste sulla "distinta funzione" svolta dall'art.100 e ss. rispetto alle singole norme materiali dei trattati fonti di divieti ed obblighi specifici, testimoniano peraltro l'adesione della magistratura del Lussemburgo a tale più corretto approccio. In questa prospettiva, allora, il vero problema non sarà quello di accertare se, al di fuori della procedura di armonizzazione, siano ammissibili limiti alla discrezionalità normativa ritenuta dagli Stati membri in settori non direttamente regolati dal diritto comunitario, ciò che dovrebbe considerarsi pacifico, ma piuttosto quali siano tali limiti, ed in particolare se essi includano o meno la censura degli effetti discriminatori che possono risultare allorchè il contenuto delle varie discipline nazionali differisce.

In almeno due ipotesi ci sembra che tale questione trovi facile soluzione. Innanzitutto può accadere che il frazionamento normativo dia origine ad una "disparità di trattamento riconducibile ad un altro dei profili tipici di discriminatorietà comunitariamente rilevanti, ad esempio ad una discriminazione in base alla nazionalità o ad una alterazione della parità di condizioni concorrenziali degli operatori economici nel mercato comune: la classificazione effetto della diversità di legislazione negli altri ordinamenti emerge qui non in quanto tale, ma come causa (ed elemento rilevatore) di una (distinta) discriminazione "dissimulata", giacchè consente di cogliere come la norma sottoposta a scrutinio, pur "egualmente applicabile", nei fatti vantaggi certi soggetti o ne penalizzi altri in violazione dell'eguaglianza comunitaria. Che in tal caso l'ente normatore sia tenuto a dare rilievo alla situazione normativa esterna ed alla disparità di trattamento che ne consegue, sia pure in via meramente strumentale alla eliminazione di discriminazioni di altro genere, può ricavarsi dalla sentenza Kenny in cui la Corte riafferma la tradizionale massima sulla liceità di fenomeni di "distorsion" dopo aver però ribadito il divieto, appunto, di discriminazioni dissimulate che a questi possono eventualmente risultare ricollegate (205).

In secondo luogo, può darsi il caso che la potestà normativa degli Stati membri venga ad esercitarsi su materie pienamente "comunitarizzate", rispetto alle quali essi agiscano

quindi come semplici "gestori" di interessi diretti delle Comunità: ciò accade ad esempio allorchè il legislatore comunitario, non regolando in dettaglio le modalità per l'esazione delle risorse finanziarie comuni, lascia a ciascuno Stato il compito di adottare la relativa disciplina di attuazione, eventualmente estendendo alla fattispecie comunitaria regole già vigenti per corrispondenti fattispecie interne. Ebbene, rispetto ad ipotesi di questo tipo, la Corte è costante nell'affermare che la discrezionalità nell'esercizio di tali poteri, e la varietà normativa che può derivarne fra i vari ordinamenti nazionali, incontrano comunque un insuperabile limite nell'obbligo di assicurare una eguale allocazione di oneri e benefici fra i soggetti di diritto comunitario interessati, indipendentemente dalla parte di territorio delle Comunità in cui si trovino ad agire: nell'effettuare in tali ipotesi le sue scelte legislative e regolamentari ciascuno Stato membro è perciò tenuto a considerare le scelte parallelamente compiute dagli altri Stati membri onde evitare che l'emanazione di disposizioni difformi conduca ad una diseguale, e discriminatoria, applicazione del diritto comunitario (206). Così in Schlueter (207), posto che "nei casi in cui l'attuazione di un regolamento comunitario spetta alle autorità nazionali, l'attuazione stessa deve avvenire, in linea di massima, secondo le norme di forma e di procedura del diritto nazionale", e che nondimeno tale principio va temperato con "l'esigenza di

uniforme applicazione del diritto comunitario", la Corte dichiara l'illegittimità di una norma interna che subordinava l'acquisto del diritto ad una "restituzione" alla presentazione di un particolare documento perchè ciò comportava, fra l'altro, una ingiustificabile disparità di trattamento fra gli operatori economici della Comunità "a seconda della frontiera attraverso la quale viene effettuata l'esportazione"; oppure in Van den Hazel (208) si afferma che "se l'adozione di provvedimenti di carattere comunitario non implica necessariamente modalità di attuazione identiche sotto tutti gli aspetti nell'intero ambito territoriale delle Comunità" al tempo stesso non vanno consentiti provvedimenti adottati unilateralmente ed aventi una portata meramente nazionale allorchè azioni non coordinate risultano atte "a provocare discriminazioni fra produttori e consumatori e distorsioni negli scambi fra gli Stati membri" (209).

La sanzionabilità di disparità di trattamento per frazionamento normativo appare invece meno facile nei casi residui, quando cioè queste non si "cumulano" con altri criteri sospetti di classificazione e risultano il frutto dell'esercizio da parte degli Stati membri di poteri in materie di loro dominio riservato. Qui si riflette infatti, per riprendere l'analisi del Constantinesco sulla "costituzione economica" della Comunità, una contraddizione latente nel sistema "dualista" attraverso il quale il Trattato di Roma persegue i propri obbiettivi istituzionali, la contraddizione cioè fra le distinte e coesistenti metodologie

dell'integrazione giuridica e della cooperazione politica, e quindi fra i confliggenti valori cui queste si ispirano della solidarietà comunitaria e della sovranità nazionale. In linea di principio, come già si notava, questo conflitto può senz'altro essere risolto subordinando gli interessi "particolari" degli Stati membri a quello "generale" delle Comunità attraverso il ricorso alla dottrina della "funzionalizzazione" di quelli a questo. Il vero problema è piuttosto di comprendere fino a che punto tale funzionalizzazione possa fondatamente spingersi, e cioè in che modo il bilanciamento fra quegli interessi e quei valori vada operato sì da risultare realistico perchè coerente con i raggiunti livelli di sviluppo del processo integrativo e perciò possibile oggetto di consenso e legittimazione. L'Autore citato sottolinea come si daranno situazioni in cui, per il semplice mantenimento dell' "acquis" realizzato in materia di integrazione attraverso la previsione di discipline comuni, apparirà indispensabile una revisione del Trattato che attui un trasferimento di competenze dal settore della mera cooperazione a quello, appunto, della integrazione giuridica. Ebbene a noi sembra che considerazioni di questo stesso genere potrebbero valere anche per orientare e giustificare interventi della Corte di giustizia nei confronti di classificazioni prodotte del difforme contenuto delle legislazioni vigenti negli Stati membri: queste sarebbero dunque sanzionabili come discriminazioni qualora, col compromettere in modo grave e sostanziale risultati

già conseguiti nell'opera di creazione del mercato comune, risultassero lesive di interessi fondamentali ed irrinunciabili dell'ordinamento comunitario, senz'altro prevalenti su quello di ciascuno Stato ad un indipendente governo della propria comunità nazionale. Il caso della libera circolazione delle merci è indicativo. Nella più volte citata sentenza Cassis de Dijon la Corte non esita a dichiarare l'incompatibilità con l'art.30 di una disposizione nazionale proibente la vendita di liquori non rispondenti ad una certa gradazione alcolica minima nella misura in cui questa si traduce in un ostacolo alle importazioni di merci legalmente prodotte in conformità alla legislazione dello Stato d'origine: la mancata indagine sulla possibilità o meno per tali beni di conformarsi a tale requisito (ad esempio, aggiungendo alcool) senza modificare la propria specificità merceologica e la propria competitività nei confronti dei beni interni concorrenti, la mancata verifica, cioè, sulla reale esistenza nella fattispecie di effetti protezionistici o di altri profili tipici di "irrazionalità economica", suggerisce come la Corte sia qui piuttosto interessata a colpire quel particolare ostacolo ai flussi commerciali intracomunitari che si determinerebbe qualora ciascuno Stato membro pretendesse, anche in assenza di "esigenze imperative" in tal senso, il rispetto da parte di importazioni ed esportazioni dei propri standards qualitativi quale condizione per il godimento dei diritti comunitari di mobilità. E ciò appare corretto in quanto, come

osserverà in seguito l'Avv. Gen. Capotorti (211), ammettere la liceità di comportamenti del genere significherebbe consentire pratiche quanto mai insidiose per una effettiva libertà degli scambi, minacciando il funzionamento del mercato comune in uno dei suoi elementi strutturali. In altre ipotesi, invece, differenze di trattamento conseguenza del frazionamento normativo delle Comunità, pur incidendo sulla libera circolazione delle merci, non saranno passibili di sanzione giudiziale, e questo appunto per la minore "gravità" degli effetti restrittivi da esse prodotti. Ciò varrà, ad esempio, quando la coesistenza di difformi discipline interne della attività industriale e commerciale, pur non ponendosi come impedimento giuridico ai flussi di merci, causerà una diversificazione artificiale dei loro costi alterando così la regolarità del gioco concorrenziale (212), oppure quando "distorsioni" risulteranno dal diverso tipo di provvedimenti restrittivi legittimamente assunti dagli Stati membri in base ad una delle deroghe ai principi ammesse in via di eccezione dall'ordinamento (213). In queste ipotesi lo strumento più opportuno per risolvere gli indicati inconvenienti andrà invece individuato in direttive di armonizzazione adottabili da parte del Consiglio in base alla menzionata procedura degli artt.100 - 102.

Un ultimo rilievo. Disparità di trattamento del tipo in esame, derivanti cioè dal difforme contenuto delle fonti normative chiamate a disciplinare, sia pure entro ambiti

territoriali diversi, una medesima fattispecie (o fattispecie corrispondenti), presentano la particolarità di poter essere sanate in tre modi distinti. Innanzitutto, com'è ovvio, attraverso l'uniformizzazione legislativa. Nulla infatti impedisce che le istituzioni di Bruxelles prevengano, per così dire, censure da parte della Corte di giustizia sostituendo con norme di diritto comune quelle fra le disposizioni vigenti nei singoli ordinamenti nazionali la cui varietà è verosimilmente causa di discriminazioni: in questo caso l'armonizzazione risulterebbe non alternativa, ma concorrente con la garanzia giudiziale dell'eguaglianza, facilitandone, in un certo senso, i compiti. Come esempio si può considerare la direttiva relativa al coordinamento delle procedure seguite nella stipulazione di contratti pubblici di fornitura (214), la cui funzione primaria è evidentemente quella di introdurre eguali condizioni di concorrenza in tutti gli Stati membri e di assicurare una maggiore trasparenza, in modo più efficace di quanto avverrebbe attraverso l'applicazione, caso per caso, dei divieti di cui all'art.30. Al di fuori di questa ipotesi, e dunque nel caso di interventi della magistratura comunitaria, il frazionamento normativo potrà invece essere superato sia invalidando, o facendo disapplicare, la norma direttamente rilevante nel caso concreto, sia invalidando, o facendo disapplicare, la norma parallela dell'altro ordinamento che posta in relazione con la prima porta a cogliere l'esistenza di una situazione discriminatoria (215).

Questa alternativa andrà secondo noi risolta scegliendo la soluzione che più efficacemente tutela gli interessi sostanziali di giustizia distributiva comunitaria presumibilmente lesi dalla classificazione. Per esemplificare, restando alla materia della libera circolazione delle merci, l'ostacolo ad una data transazione posto dalla contemporanea vigenza di requisiti di commercializzazione diversi nei due Stati da essa interessati potrà essere eliminato colpendo come restrizione all'importazione vietata ex art.30 la disciplina dello Stato di destinazione, oppure come restrizione all'esportazione vietata ex art.34 la disciplina dello Stato di origine. Ebbene a nostro avviso si dovrà procedere nel primo senso quando per l'operatore economico sia più conveniente, cioè meno costoso e quindi meno incidente sul valore "naturale" del prodotto, adattare quest'ultimo ai requisiti previsti per l'accesso al mercato di importazione, mentre varrà la seconda ipotesi quando, per l'opposto, appaia per i medesimi motivi preferibile conformarsi alle disposizioni dello Stato di esportazione (216).

1.4. discriminazioni fra Stati membri: equilibrio sinallagmatico e dovere di solidarietà.

Gli Stati membri delle Comunità Europee possono essere considerati anche nella loro qualità di soggetti politici

unitari, vale a dire come distinti centri di imputazione del complessivo sistema di interessi proprio di ciascuna delle comunità nazionali interessate al processo integrativo. In quanto tali, essi possono risultare oggetto nell'ordinamento comunitario di discriminazioni, nel consueto senso di ingiustificate differenziazioni o altrettanto ingiustificate parificazioni nel trattamento normativo loro riservato. I valori di giustizia distributiva presumibilmente lesi da classificazioni di tal genere saranno anzitutto quello, essenziale per qualsiasi società democratica moderna e quindi, a nostro avviso, anche per la "società" sovranazionale comunitaria, della eguaglianza come pari dignità delle parti del "contratto sociale", con il divieto che ne consegue di trattamenti privilegiati e, più in particolare, di qualsiasi immotivata modificazione dell'equilibrio di vantaggi e svantaggi posto a fondamento del rapporto di convivenza. A tale valore potrà affiancarsi, e secondo una certa dottrina argomenti in tal senso potrebbero derivarsi dall'art.5 del Trattato di Roma (217), quello della "solidarietà" o "fedeltà", valore questo che in linea di principio dovrebbe operare fra soggetti legati da un progetto comune in vista del conseguimento di finalità superiori, qual'è quello della integrazione europea, sia legittimando interventi di redistribuzione del prodotto sociale, sia eventualmente anche impegnando ciascuno Stato membro a tenere in qualsiasi situazione o rapporto, anche in quelli del tutto estranei al processo

semplice applicazione del distinto principio di legalità (221). Ciò non esclude, tuttavia, l'importanza del lungo obiter dictum richiamato. Esso infatti non solo indica come, nell'opinione della Corte, la garanzia comunitaria dell'eguaglianza possa valere anche per sanzionare scelte normative che discriminino fra gli Stati membri, ma anche e soprattutto esplicita i valori che debbono presiedere al relativo giudizio, e cioè, appunto, secondo quanto inizialmente accennato, quello dell' "equilibrio sinallagmatico" fra i costi e i benefici derivanti dalla partecipazione al processo integrativo e quello della "solidarietà" fra gli attori del medesimo. Anche se la Corte non elabora in merito al rapporto intercorrente fra questi due valori, che è facile ipotizzare in mutuo conflitto, nè esplicita fino a che punto spetti al potere giudiziale la loro protezione, resta nondimeno che attraverso tali statuizioni si indica inequivocabilmente un'altra possibile, e stimolante, dimensione della tutela comunitaria della "eguaglianza di fronte alla legge".

Una dimensione, si è detto, poco praticata, e perciò anche poco studiata se è vero che gli Autori che sono intervenuti sul punto non sono andati oltre una generica riaffermazione del principio per cui "aucun Etat-membre ne peut revendiquer un traitement particulier ou privilègè par rapport aux autres" (222). La ragione è evidente. La valutazione della discriminatorietà o meno, soprattutto sotto il profilo della

ragionevolezza (223), delle allocazioni normative di vantaggi e svantaggi fra gli Stati membri incide necessariamente su decisioni di natura eminentemente politica, ciò che spiega non solo possibili atteggiamenti di self-restraint da parte della Corte di giustizia qualora investita di simili questioni, ma, a monte, la tendenza degli stessi soggetti potenzialmente interessati, vale a dire degli Stati che si ritengano destinatari (dalle istituzioni, o anche da altri Stati membri) di trattamenti ingiustificatamente deteriori, a non azionare il giudizio comunitario di eguaglianza, appunto per evitare precedenti di "intromissioni giudiziali" in materie che si preferisce restino oggetto di "contrattazione" nelle sedi (politiche) a ciò istituzionalmente preposte.

Queste comprensibili e fondate esigenze di "divisione dei poteri" nel contesto comunitario non escludono tuttavia, a nostro avviso, che in particolari ipotesi il profilo tipico di discriminatorietà di cui qui si discorre possa trovare considerazione, ed eventuale sanzione, da parte della magistratura del Lussemburgo. In realtà, bisogna distinguere a seconda dell'ente normatore e delle circostanze in cui l'atto o comportamento sottoposto a scrutinio risulta adottato.

Nessun problema sembra sollevare il controllo da parte della Corte di atti o comportamenti di uno Stato membro che appaiano in conflitto con la ripartizione "equilibrata" di oneri e benefici all'interno delle Comunità quale risulta da decisioni

delle istituzioni di Bruxelles: si tratti dell'esercizio da parte dello Stato di propri poteri riservati oppure, soprattutto, della "gestione" di interessi comunitari attraverso l'adozione di misure attuative, la Corte non sostituirà la propria valutazione a quella dei competenti organi politici, ma al contrario si limiterà a garantire il rispetto degli obbiettivi di giustizia distributiva da questi liberamente determinati. Per questo stesso motivo, la Corte potrà senz'altro accertare che la discrezionalità di cui la Commissione eventualmente gode nell'emanare norme secondarie o nell'assumere provvedimenti amministrativi in esecuzione di delibere del Consiglio non venga esercitata discriminando fra gli Stati membri, e cioè dando vita a classificazioni illegittime appunto perchè difformi dalla nozione di eguaglianza espressa in tali atti del legislatore comunitario.

L' "eguaglianza fra gli Stati membri" potrà poi anche valere come criterio ermeneutico: come indicano i casi Commissione c. Regno Unito e Meijer (224), la Corte, posta di fronte a testi normativi ambigui, sarà certo libera di fare propria l'interpretazione a suo avviso più coerente con la garanzia della parità di trattamento fra i partners dell'integrazione, giacchè, appunto per la oscurità degli enunciati dell'ente normatore, si potrà escludere che in tali ipotesi se ne comprometta eccessivamente la discrezionalità.

Le vere difficoltà sorgono piuttosto quando l'impugnazione riguardi proprio gli atti o comportamenti attraverso i quali le istituzioni comunitarie esercitano la funzione di indirizzo politico. La deferenza giudiziale nei loro confronti, certo comprensibile e dovuta, secondo noi non dovrà essere assoluta, ma piuttosto andrà "graduata" in relazione a due particolari fattori, e precisamente alla correttezza del processo decisionale seguito nella adozione di tali atti o comportamenti, e alla eventuale sopravvenienza di eventi che modifichino dall'esterno l'equilibrio nella "giusta" ripartizione di vantaggi e svantaggi fra gli Stati membri attraverso di essi definita. Sotto il primo profilo, mentre è evidente che non dovrebbe essere consentito ad uno Stato che abbia "perso" nel negoziato politico non riuscendo a far prevalere le proprie ragioni rispetto a quelle della maggioranza, o tanto più ad uno Stato che di tale maggioranza sia stato parte, di riaprire il contenzioso nel foro giudiziale allegando la discriminatorietà nei suoi confronti della scelta normativa effettuata, interventi della Corte potrebbero invece ben legittimarsi qualora il decision-making process risultasse "viziato" perchè caratterizzato, pure nel rispetto formale delle relative regole, da ostacoli ad una effettiva e paritaria partecipazione di tutti i consociati, oppure da abusi "dittatoriali" del potere di maggioranza tali da condurre a deliberazioni palesemente inique. La sofisticata jurisprudence statunitense in materia di "procedural justice" di

cui si è già fatta menzione (225) potrebbe fornire un efficace strumentario teorico per affrontare problematiche del genere, individuando fondamento e limiti delle "correzioni" che il potere giudiziale può apportare all'operato degli organi politici. D'altro canto, che argomentazioni del genere potrebbero trovare credito presso i giudici del Lussemburgo può desumersi da posizioni talora assunte dalla Corte, ad esempio nella ricordata causa 39/72 allorchè, nel dichiarare irrilevante rispetto alla sanzione di un "manquement d'Etat" il fatto che lo Stato avesse avanzato riserve all'atto dell'adozione dei regolamenti da esso poi disapplicati, si osserva che "la struttura istituzionale della Comunità offriva allo Stato membro interessato i mezzi per ottenere che si tenessero nel debito conto gli inconvenienti da esso lamentati" (226): a contrario, ciò potrebbe infatti significare, per parafrasare le simili tesi di Commissione e Avvocato Generale (227), che qualora le autorità italiane non avessero avuto la possibilità di "(p)ersistere nel loro dialogo con il Consiglio" e così "di far valere tutti gli argomenti che - sotto il profilo tecnico o politico - esse consideravano utili e necessari tanto nell'interesse generale delle Comunità, quanto nell'interesse particolare dell'Italia", eventuali censure da esse mosse alla ragionevolezza della classificazione normativa prodottasi con quei regolamenti avrebbero ben potuto essere oggetto di considerazione nel foro giudiziale (228). Sotto il secondo profilo, ci sembra che la Corte, sulla falsariga di

quanto normalmente previsto dal diritto interno dei contratti, potrebbe legittimamente intervenire a fronte di situazioni, per così dire, di "eccessiva onerosità sopravvenuta", invalidando discipline che non riflettono più l'originario equilibrio di vantaggi e svantaggi fra gli Stati membri secondo la valutazione discrezionalmente data nelle competenti sedi politiche, e che appaiono perciò fonti di possibili discriminazioni: questo "azzeramento" dei contrapposti interessi, con la conseguente necessità di nuove deliberazioni, sarebbe ovviamente tanto più giustificato, secondo le considerazioni poc'anzi svolte, qualora dovesse constatarsi una inequivocabile volontà "ostruzionistica" degli altri Stati membri o delle istituzioni a riaprire il negoziato e a realizzare i necessari adeguamenti normativi.

Infine, ci si può chiedere se la Corte di giustizia non potrebbe giungere a sanzionare anche discriminazioni, in materie di per sé estranee all'ambito su cui si estende la competenza delle Comunità, poste in essere da uno Stato membro nel trattamento riservato ad altri Stati membri, e sia pure "razionalmente" rispetto a proprie finalità di politica interna o estera (ciò che avverrebbe, per esemplificare, qualora l'Italia riconoscesse alla Francia e negasse, in condizioni del tutto simili, alla Gran Bretagna particolari benefici nel settore degli scambi culturali o della cooperazione scientifica). L'unico modo per giustificare un tale ampliamento del giudizio comunitario di eguaglianza, come si diceva inizialmente, sarebbe quello di

ritenere che il valore della "solidarietà intracomunitaria" possa valere fino al punto di consentire la censura di classificazioni che, pur ininfluenti sui concreti obiettivi di giustizia distributiva perseguiti dall'ordinamento, nondimeno confliggano palesemente con lo "spirito", appunto solidaristico, del processo integrativo e ne ostacolino così lo sviluppo. Questa tuttavia è una mera ipotesi, mancando allo stato nella prassi giurisprudenziale qualsiasi elemento che possa darne conferma.

1.5.       disparità di trattamento a danno di Stati terzi e di situazioni o rapporti ad essi collegati: la "preferenza comunitaria".

In una serie in realtà non numerosa di sentenze in materia di agricoltura (Beus (229), Oehlmann (230), Rheinmuehlen (231), Getreidehandel (232), Balkan II (233), Kampffmeyer (234)) la Corte ha affermato il principio della c.d. "preferenza comunitaria" in base al quale sarebbe lecito privilegiare la produzione originaria delle Comunità rispetto a quella dei paesi terzi (235): tasse o prelievi compensativi su importazioni provenienti dal mercato mondiale, aiuti ai produttori interni, sovvenzioni ai consumatori di beni comunitari (236), provvedimenti protezionistici in genere idonei a combattere la maggiore competitività delle merci straniere (237), andrebbero in

tal senso considerati compatibili con la nozione materiale di eguaglianza protetta, se non addirittura imposti da questa, nonostante il loro palese conflitto con il principio pure protetto della efficienza liberoconcorrenziale.

Il valore di giustizia distributiva così tutelato sembra essere ancora quello, già ricordato, della "solidarietà" intracomunitaria, applicato questa volta ai rapporti fra Stati membri e Stati terzi, in particolare sotto il profilo delle loro relazioni economiche e commerciali interessanti l'agricoltura. Viene così individuato un altro profilo tipico di discriminatorietà: legittimando classificazioni altrimenti considerabili causa di immotivato privilegio, esso rileva soprattutto per il trattamento peggiore che consente nei confronti non tanto degli Stati terzi "discriminati", i quali, come già si notava, non possono vantare né alla luce del diritto internazionale generale né in base ai trattati istitutivi alcuna pretesa alla parità di trattamento nel sistema comunitario, quanto piuttosto di soggetti cui normalmente si indirizza la garanzia del principio comunitario di eguaglianza e che appunto possono subire gli effetti "riflessi" di misure del tipo in esame (si pensi, ad esempio, agli operatori economici del mercato comune importatori di beni di origine extracomunitaria). Proprio in ragione di tali disparità di trattamento "indirette" sembra opportuno precisare più esattamente la portata del principio.

Com'è noto, l'unico riferimento di diritto positivo si trova nell'art.44,2 del Trattato di Roma, allorchè vi si prevede che i prezzi minimi dei prodotti agricoli stabiliti durante il periodo transitorio siano applicati in modo tale da non ostacolare lo sviluppo di una "preferenza naturale" tra gli Stati membri; sin dalla prima sentenza in cui ha fatto ricorso a tale clausola, la Corte non ha tuttavia esitato a qualificare la "preferenza comunitaria" come "uno dei principi del Trattato" (238), e vari Autori hanno convenuto sulla sua riconducibilità fra i "principi generali di diritto comunitario" (239). Ciò sembra senz'altro consentire interpretazioni estensive, come quella per cui un trattamento di maggior favore andrebbe riservato a beni prodotti con materie prime di origine comunitaria rispetto a beni, sempre prodotti nelle Comunità, ma utilizzando materie prime acquistate sul mercato esterno (240). Meno chiaro è invece se il principio possa valere anche in settori diversi da quello dell'agricoltura. A nostro avviso al quesito va data risposta positiva qualora si ritenga che la funzione di questa particolare articolazione del principio comunitario di eguaglianza non sia, per lo meno direttamente, quella di garantire un equo tenore di vita alla popolazione agricola, come pure talora si crede (241), ma, come si accennava, sia più in generale quella di dare concreta attuazione ad un fondamentale dovere di solidarietà fra i partners del processo integrativo nei rapporti che questi intrattengono lato sensu con

il resto del mondo. Semmai va qui sottolineato che il principio della preferenza comunitaria, entrando facilmente in contrasto con altri valori di giustizia distributiva parimenti garantiti dall'ordinamento, potrà trovare in questi limiti e condizionamenti alla propria operatività. Ad esempio, per restare alla materia agricola, la protezione della produzione interna attraverso provvedimenti protezionistici comporterà un necessario sacrificio dell'interesse ad equi prezzi al consumo, pure tutelato dall'art.39, e contrasterà palesemente con la "filosofia liberista" che, ai sensi dell'art.110, deve ispirare la politica commerciale delle Comunità: contrasto che sarà certo ammissibile, ma soltanto entro margini di "ragionevolezza" di cui la Corte, sin dalla sentenza Beus (242), mostra di voler assicurare il rispetto, così riconoscendo ai soggetti indirettamente lesi da tali misure possibilità di ricorso contro una loro eccessiva onerosità.



2. I valori di giustizia distributiva.

Introducendo l'analisi delle "fattispecie tipiche di discriminatorietà" si è evidenziata la tendenza giurisprudenziale a svolgere il controllo di legittimità in punto di eguaglianza senza risalire, per lo meno espressamente o consapevolmente, ai valori di giustizia distributiva che l'ordinamento tutela attraverso l'individuazione di criteri "sospetti" di classificazione e la derivazione da questi di presunzioni, assolute o relative, appunto di discriminatorietà. Come si diceva, questo approccio riduce notevolmente le potenzialità del giudizio comunitario di eguaglianza in quanto non consente di cogliere altre ipotesi di atti o comportamenti normativi che, per far salva la coerenza complessiva del sistema, andrebbero pure invalidate quali fonti di classificazioni "irragionevoli" o "irrazionali". Alcuni esempi.

In un altro lavoro, al quale rinviamo per una più ampia trattazione del punto (243), si è notato come nella materia della circolazione del lavoro subordinato la Corte di giustizia risolva abitualmente la garanzia dell'eguaglianza nel semplice accertamento dell'assenza di differenziazioni normative ingiustificatamente fondate sulla diversa cittadinanza dei destinatari dei comandi. All'origine di tale atteggiamento sembra essere soprattutto la riduzione tout court dell'obbiettivo della

libertà di circolazione al divieto di discriminazioni secondo la nazionalità: ed infatti, nella sentenza Saunders la Corte afferma esplicitamente che scopo dell'art.48 - dell'art.48 nel suo complesso e non soltanto del suo secondo comma in cui tale divieto è contenuto - è appunto quello di "eliminare nelle legislazioni degli Stati membri le disposizioni che . . . riserverebbero al lavoratore cittadino di un altro Stato membro un trattamento più rigido e lo porrebbero in una situazione di diritto o di fatto svantaggiosa rispetto a quella in cui si troverebbe, nelle stesse circostanze, un cittadino nazionale" (244). Ciò significa tuttavia, a nostro avviso, equivocare sulla funzione solo strumentale che la sanzione delle discriminazioni a danno dei lavoratori stranieri svolge rispetto alla finalità, principalmente sottesa alla disciplina di cui agli artt.48 e ss., della creazione di un mercato unico del lavoro salariato, e quindi non comprendere l'autonomo rilievo che tale finalità può e deve assumere nella valutazione delle classificazioni normative, permettendo la censura delle altre possibili allocazioni di oneri e benefici con essa parimenti in conflitto. Dalla impostazione adottata dalla Corte dovrebbero infatti derivarsi a rigor di logica conclusioni che lasciano per lo meno perplessi. Per esemplificare, discriminazioni praticate o tollerate da uno Stato membro in relazione all'esercizio da parte dei lavoratori di attività sindacali, pur agendo senz'altro come disincentivo alla mobilità della forza lavoro originaria di paesi sotto tale

profilo più garantisti, andrebbero nondimeno considerate compatibili con il diritto comunitario qualora la relativa disciplina risultasse egualmente applicabile ai lavoratori cittadini ed ai lavoratori stranieri. Oppure, come dice la Corte nella sentenza Kenny (245), che uno Stato membro, nel prevedere la sospensione delle ordinarie prestazioni di assistenza medica nei confronti di lavoratori detenuti nelle sue prigioni e qui sottoposti alle cure necessarie, consideri o meno a tal fine equivalente la detenzione in un altro Stato membro, dovrebbe ritenersi indifferente rispetto al principio comunitario di non discriminazione purchè, di nuovo, tale scelta normativa assicuri comunque il pari godimento dei relativi diritti da parte di migranti e lavoratori nazionali: il che vuol dire non dare alcun rilievo al fatto che nel secondo caso potrebbe realizzarsi una duplice corresponsione di benefici sociali nei confronti dei soggetti che avessero ricevuto durante la carcerazione all'estero la medesima assistenza, e che la disparità di trattamento palesemente arbitraria fra categorie di lavoratori che verrebbe così a determinarsi (246), sia pure indipendentemente dalla loro nazionalità, potrebbe anche porsi come ostacolo alla "libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità" (247).

Considerazioni simili potrebbero valere per interpretare, e criticare, la c.d. dottrina della "armonizzazione di fatto" formulata in riferimento alla materia della circolazione delle merci e secondo la quale non si avrebbe

comunque violazione della disciplina di cui agli artt. 30 e 34 qualora una disposizione restrittiva della libertà di produzione o commercializzazione di dati beni risultasse uniformemente vigente in tutti gli Stati membri interessati ai relativi scambi (248). Questa teorica trova certo conforto nella giurisprudenza, giacchè l'enfasi data dalla Corte in Cassis de Dijon (249) ed in altre sentenze (250) al fatto che la misura censurata colpiva un bene appunto "legalmente prodotto e posto in vendita in uno degli altri Stati membri" potrebbe indicare che, qualora la stessa misura fosse stata comune a paese importatore e paese esportatore, per definizione non si sarebbe posto alcun problema di legittimità in punto di diritto comunitario (251). Essa tuttavia non tiene nel dovuto conto che il fine ultimo del divieto di restrizioni quantitative e misure aventi un effetto equivalente è quello di dar vita ad un mercato comune i cui scambi siano, almeno tendenzialmente, governati soltanto dal gioco concorrenziale, e che possono perciò senz'altro immaginarsi classificazioni normative che per il loro stesso contenuto dispositivo, e pure in assenza di differenziazioni in ragione della origine o destinazione dei beni, siano da considerare discriminatorie e perciò con esso in contrasto: impedire, sia pure in via generalizzata, di produrre merci che potrebbero incontrare una propria domanda, oppure ridurre artificialmente i livelli di tale domanda attraverso gli aumenti dei costi conseguenti all'adozione di standards restrittivi di produzione o

commercializzazione, significa infatti alterare l'allocazione delle risorse quale risulterebbe dal libero operare delle forze di mercato e così, presumibilmente (252), violare il fondamentale valore di giustizia distributiva comunitaria dell'efficienza.

Una conferma indiretta di quanto si va qui osservando può peraltro desumersi dal fatto che nella stessa prassi giurisprudenziale possono cogliersi segni che paiono contraddire l'approccio riduttivo sin qui descritto. Come già si notava nello studio sopra menzionato, in alcune sentenze la Corte sembra infatti controllare la proporzionalità di misure statali, restrittive della libera circolazione dei lavoratori ma in linea di principio lecite, utilizzando, quale parametro di valutazione distinto rispetto a quello della parità di trattamento in base alla nazionalità, proprio tale fondamentale interesse comunitario. In Watson (253), ad esempio, la Corte afferma che "se le autorità nazionali hanno facoltà di comminare, per l'inosservanza dell'obbligo di notifica imposto agli stranieri, sanzioni della stessa gravità di quelle previste per equivalenti infrazioni del diritto interno, sarebbe tuttavia ingiustificato ricollegare a quella inosservanza sanzioni talmente sproporzionate rispetto alla gravità dell'infrazione da risolversi in un ostacolo alla libera circolazione delle persone": il che significa riconoscere che provvedimenti indirizzati ai lavoratori immigrati, pur risultando compatibili con il divieto di cui all'art.48,2 perchè simili ad analoghe

disposizioni relative ai cittadini nazionali, possono nondimeno venire censurati quali fonti di classificazioni normative irragionevoli alla luce dell'obbiettivo della libera circolazione autonomamente considerato. D'altro canto, che l'art.48 esprima due principi fondamentali, quello della libertà di movimento dei lavoratori nel mercato comune e quello del divieto di discriminazioni in ragione della nazionalità, viene espressamente sostenuto dall'Avv. Gen. Mayras nel caso Royer (254) e dall'Avv. Gen. Warner nel caso Saunders (255), il quale ultimo nega anche che la soddisfazione del primo comporti sempre e necessariamente la soddisfazione del secondo (256). Per quanto poi riguarda la giurisprudenza relativa agli artt.30 e 34, si è già visto (257) come esistano alcune pronuncie in cui la Corte sottopone a controllo classificazioni normative di ostacolo ai flussi commerciali intracomunitari indipendentemente dal fatto che esse abbiano intenti, o producano effetti, protezionistici, o che risultino frutto del "frazionamento normativo" del mercato comune, dando piuttosto rilievo ad altri profili di "irrazionalità economica" verosimilmente desunti appunto da una autonoma considerazione delle finalità perseguite dal Trattato di Roma attraverso la disciplina della libera circolazione delle merci.

Appare dunque utile un'analisi che, sia pur tentativamente (258) e in modo sintetico, miri ad individuare i

diversi valori di giustizia distributiva che il giudizio comunitario di eguaglianza tutela, o dovrebbe tutelare: valori che la precedente descrizione dei "profili tipici di discriminatorietà" ha richiamato solo parzialmente e per cenni, per lo più nella loro funzione di tertium comparationis, e che vanno invece considerati nel loro complesso e ricondotti a sistema qualora si voglia disporre dello strumentario teorico necessario per cogliere tutte le disparità di trattamento sanzionabili come discriminatorie nell'ordinamento delle Comunità Europee.

Superando l'atteggiamento rinunciatorio di quegli Autori che, pur riconoscendo i pregi della individuazione di un "system or underlying theory" idoneo a spiegare la giurisprudenza comunitaria ne denunciano l'impossibilità per un presunto "casuistic character" di questa (259), si tratterà al contrario di risalire in via di astrazione dalla varietà dei casi concreti e delle fonti normative ai principi che danno ad essi unità e coerenza, derivandoli, per parafrasare Boulois e Chevallier (260), "de l'economie du systeme etabli par les traites et des objectifs que ceux-ci assignent à l'administration communautaire" attraverso "à la fois la generalisation à partir d'un texte, la reference à l'esprit d'un ensemble de textes et la prise en consideration de l'essence des institutions".

2.1. l'efficienza.

Il più essenziale, fondamentale e indiscusso valore di giustizia distributiva comunitaria è senz'altro quello della efficienza libero-concorrenziale: va sanzionata come discriminatoria qualsiasi classificazione normativa che, ostacolando lo spontaneo operare delle forze di mercato, impedisca l'ottimale allocazione delle risorse che a questo normalmente consegue. Che la "costituzione economica" della Comunità si ispiri ad una "filosofia" liberista (261), sia pure, come già si accennava e come si vedrà meglio, accogliendone una versione "moderna" e temperata da esigenze di redistribuzione sociale del reddito, è infatti cosa palese: tale scelta, dichiarata apertamente nel trattato istitutivo della CECA allorché all'art.2,2 si individua come obiettivo principale quello di realizzare "condizioni che di per sé assicureranno la più razionale distribuzione della produzione" dando rilievo, dirà la Corte, alla scala dei costi di produzione risultante dai rendimenti (262), vale senza dubbio anche per il Trattato di Roma, come si desume da una considerazione complessiva delle finalità, degli strumenti e dei principi regolatori della Comunità Economica Europea (263), e dalle inequivocabili intenzioni in tal senso dei "padri fondatori" della stessa (264).

L'efficienza rileverà nella prassi del giudizio comunitario di eguaglianza sotto due profili distinti. Innanzitutto, essa comporterà la sanzione di disparità di trattamento che ostacolino la creazione del mercato comune, e cioè il formarsi di una unione economica caratterizzata dalla libera circolazione delle persone, dei beni e dei capitali, dal coordinamento della politica economica, finanziaria e sociale, e dall'unità del territorio economico nei confronti degli Stati terzi (265), sì che rapporti di produzione e di scambio vi si svolgano, per lo meno tendenzialmente, "come se " (266) si trattasse di un unico sistema economico nazionale. Ciò significherà, com'è ovvio, colpire qualsiasi misura avente intenti, o anche solo effetti, lato sensu "protezionistici", esprimente cioè la prevalenza di interessi "particolari" dei singoli Stati membri su quello "generale" dell'integrazione comunitaria. Il divieto di restrizioni quantitative alle importazioni e di misure aventi un effetto equivalente posto dall'art.30, ad esempio, mira, per lo meno in prima istanza, ad eliminare quegli ostacoli ai flussi commerciali che garantiscono alla produzione di uno Stato membro una ingiustificabile posizione di rendita impedendo artificialmente a beni stranieri più competitivi di giungere sul mercato interno e di farvi valere il proprio vantaggio concorrenziale; mentre il parallelo divieto relativo alle esportazioni di cui all'art.34 vuole evitare che interessi nazionali - quale quello a che i livelli occupazionali

nelle industrie manifatturiere non siano indirettamente compromessi dalla vendita all'estero delle necessarie materie prime, oppure quello al mantenimento di prezzi interni ragionevoli a fronte di una forte domanda estera (267) - possano condurre alla lesione dell'interesse comunitario a che nel mercato comune degli scambi domanda e offerta si incontrino in base al solo calcolo di convenienza economica. Identici divieti, e per gli stessi motivi, risultano peraltro posti in materia di agricoltura dalle normative disciplinanti le organizzazioni comuni di mercato, così come la proibizione contenuta nell'art.40,3,2, di discriminazioni fra produttori e consumatori copre senz'altro anche disparità di trattamento fondate sulla nazionalità che esprimano scelte protezionistiche. Quanto alle norme sulla libera circolazione dei lavoratori, è evidente poi che la loro funzione primaria è appunto quella di dare origine ad una "international division of labour" (268) consentendo al fattore di produzione lavoro di distribuirsi a seconda dei diversi bisogni delle diverse zone produttive del mercato comune, senza che le frontiere nazionali rappresentino un intralcio alla compensazione di eventuali relativi surplus e deficit (269).

Garantire l'efficienza in questa prospettiva significherà tuttavia a nostro avviso anche colpire misure che pur non dando vita ad un trattamento privilegiato di rapporti o situazioni interne rispetto a quello riservato ai corrispondenti rapporti o situazioni di rilevanza comunitaria (270) ostacolano

nondimeno egualmente la creazione (oltre che, come si dirà, il funzionamento) del mercato comune. Il punto va sottolineato per l'esistenza di teorie, emerse per lo più nel dibattito sulla censurabilità di restrizioni agli scambi "egualmente applicabili" (271), secondo le quali sarebbero incompatibili con il diritto comunitario soltanto provvedimenti aventi, sia pure in forma indiretta od occulta, appunto una valenza protezionistica: il che vorrebbe dire che un divieto all'importazione di beni in assenza di una produzione succedanea concorrente sul mercato interno, oppure standards di commercializzazione fonti di eguali costi aggiuntivi sui beni esteri e sui beni nazionali, dovrebbero per definizione ritenersi leciti, e cioè indipendentemente dal contrasto di tali discipline, probabile come si è detto nel precedente paragrafo, con i principi della teoria economica liberoconcorrenziale e quindi con la organizzazione di un sistema efficiente di scambi interstatali perseguita dal Trattato di Roma (272). Va ad ogni modo notato che giustamente la Corte di giustizia non sembra condividere questo errato approccio, come mostra ad esempio l'autonomo rilievo da essa dato alle disparità di trattamento frutto del frazionamento normativo ed ai gravi intralci che, pure in assenza di intenti o effetti protezionistici, queste possono apportare alla dinamica naturale delle forze di mercato (273).

In secondo luogo, il valore dell'efficienza comporterà la sanzione di disparità di trattamento che ostacolino il regolare funzionamento del mercato comune: come viene riconosciuto sin dagli albori della giurisprudenza comunitaria, infatti, "la concorrenza è un giuoco, ma un giuoco che ha le sue regole" (274), regole necessarie per consentire la riproduzione nel tempo dello stesso meccanismo concorrenziale, ed il cui rispetto va salvaguardato a fronte delle scelte normative di qualsiasi ente, pubblico o anche privato, dotato di un potere sufficiente ad incidere sugli equilibri di mercato.. Il pensiero corre naturalmente agli artt.85 e 86 con i quali il Trattato di Roma reagisce alle distorsioni che la libera concorrenza può subire per effetto di intese o pratiche restrittive o di "abusi di potere" di concentrazioni monopolistiche od oligopolistiche. Ma è importante rilevare che, in ragione della loro equifunzionalità sotto il profilo della eliminazione degli ostacoli economicamente irrazionali al commercio intracomunitario, la Corte ha ritenuto tale disciplina e quella di cui agli artt.30 e ss. parallele (275), realizzando perciò analogie (276) ed integrazioni (277) reciproche: e d'altronde una funzione simile svolge (anche) il divieto di discriminazioni fra produttori o consumatori posto per la materia dell'agricoltura dall'art.40,3,2, se è vero che attraverso di esso vengono legittimati interventi delle istituzioni, come ad esempio l'istituzione di importi monetari compensativi, finalizzati

all'annullamento di vantaggi concorrenziali artificiali. Ciò conferma l'esistenza di una valutazione generale di illiceità da parte dell'ordinamento delle Comunità Europee (relativamente, è ovvio, a fattispecie su cui questo estende la propria competenza) nei confronti di qualsiasi atto o comportamento normativo turbativo dello spontaneo orientarsi del sistema economico verso la più efficiente distribuzione delle risorse, ciò che da peraltro ulteriore fondamento a quanto più su sostenuto sulla configurabilità del "profilo tipico" di discriminatorietà delle diseguaglianze "fra operatori economici-nel mercato comune".

Queste considerazioni già consentono di cogliere che, come si accennava, le Comunità adottano una nozione "qualificata" di liberismo, in coerenza peraltro con gli sviluppi del pensiero economico contemporaneo e con gli orientamenti prevalenti nella "costituzione economica" degli Stati membri: al di là di qualsiasi richiamo all'ideologia, in parte mistificatoria (278) ed ormai datata, del "laissez-faire", si comprende come non sempre e non necessariamente gli automatismi di mercato siano strumento di efficienza e come al contrario sia talora indispensabile, appunto in vista dell'obiettivo della massima utilizzazione dei fattori produttivi, limitare la libertà d'azione delle forze economiche o correggere gli effetti "distorsivi" dell'attività da questi posta in essere. Ciò si evince dalla tutela che l'ordinamento comunitario realizza delle precondizioni del gioco concorrenziale, di cui si è appena discusso, ma anche dalle

modalità attraverso le quali determinate finalità di politica economica generale vengono perseguite. La "razionalizzazione", in senso lato, dei mercati agricoli (e cioè l'incremento della loro produttività, lo sviluppo del progresso tecnico, la loro stabilizzazione, la sicurezza degli approvvigionamenti, e così via) (279), che ai sensi dell'art.39 del Trattato di Roma rientra tra le finalità della politica agricola comune, potrà ad esempio essere attuata mediante interventi "dirigisti", quali regolamentazioni dei prezzi, contingentamenti, sovvenzioni, aiuti in genere (280), anche in deroga, se necessario, alle regole comunitarie sulla concorrenza, e questo naturalmente sul presupposto implicito che la dinamica naturale del mercato non consenta di per sé sola di dare piena soddisfazione a tali esigenze (281). D'altro canto, dai trattati istitutivi emerge il principio fondamentale, la "grande regola" (282), secondo cui l'instaurazione del mercato comune ed il conseguimento degli obiettivi delle Comunità deve avvenire "gradualmente", ripartendo in modo "armonico" ed "equilibrato" (283), nel tempo e nello spazio, costi e benefici del processo integrativo, valorizzando cioè diversità di condizione e di sviluppo delle economie nazionali o di certe zone geografiche o di certi settori produttivi, e questo non solo per ragioni di giustizia redistributiva, ma appunto anche perchè ciò rende possibile il raggiungimento nel lungo periodo di più alti livelli di efficienza: ed infatti, dovranno ritenersi senz'altro lecite

misure che frenino o attenuino "la brutalità degli effetti" (284) del libero gioco del mercato qualora ciò consenta che imprese o anche intere industrie nazionali, momentaneamente in crisi ma sostanzialmente "sane" e quindi fonti potenziali di reddito, non vengano espulse dal mercato comune, ma al contrario siano tutelate nel corso di possibili interventi di ristrutturazione e adattamento alle mutate condizioni della concorrenza (235).

## 2.2. equità redistributiva.

Che l'ordinamento comunitario persegua finalità di benessere sociale è cosa palese: il Preambolo del Trattato di Roma dichiara solennemente che "scopo essenziale" delle parti contraenti è quello di assicurare "il miglioramento costante delle condizioni di vita o di occupazione dei loro popoli", mentre l'art.2 individua fra i compiti essenziali della CEE l'accrescimento sempre più rapido del tenore di vita all'interno degli Stati membri.

Normalmente, tuttavia, il conseguimento di tali finalità viene ritenuto effetto necessario della razionalizzazione dei rapporti economici posta in essere mediante l'instaurazione del mercato comune, e degli incrementi della ricchezza collettiva, quindi dei livelli di reddito e di consumo individuali, che vengono in tal modo a determinarsi: esse non

acquistano dunque direttamente rilievo in vista della individuazione dei valori di giustizia distributiva che presiedono al giudizio comunitario di eguaglianza, rinviando piuttosto a quello dell'efficienza precedentemente analizzato. Così, se è vero che la garanzia della non discriminazione in materia di circolazione dei lavoratori svolge anche una funzione di "social progress", riconducibile alla citata clausola dell'art.2 o ai principi di politica sociale posti dagli artt.117 e ss., quale possibile risposta ai mali della sovrappopolazione e della disoccupazione (286), è anche vero che ciò si realizza sanzionando soltanto gli ostacoli alla creazione di un mercato unico del lavoro salariato, colpendo cioè quanto si oppone, essendo perciò causa di inefficienza, a che effettivi surplus e deficit di tale fattore della produzione possano compensarsi nello spazio economico comunitario: dunque, la tutela del meccanismo liberoconcorrenziale come strumento per definizione idoneo a soddisfare obiettivi di benessere sociale e quindi come criterio di per sé sufficiente a valutare, anche rispetto a tali obiettivi, l'ingiustizia (la discriminatorietà) o meno delle classificazioni normative.

Esistono tuttavia ipotesi nelle quali l'ordinamento al contrario non ritiene che efficienza sia di per sé sinonimo di giustizia sociale: l'allocazione di vantaggi e svantaggi fra i consociati cui il libero operare delle forze di mercato conduce, anche quando rifletta la distribuzione ottimale delle risorse,

può infatti essere ritenuta iniqua per l'incidenza negativa che ha sulle condizioni di vita di determinati ceti, e può quindi condurre a legittimare interventi di redistribuzione del reddito prodotto. Ciò accade, com'è noto, nella materia dell'agricoltura. L'art.39 dichiara infatti che la politica agricola comune deve anche assicurare, da un lato, "un tenore di vita equo alla popolazione agricola, grazie in particolare al miglioramento del reddito individuale di coloro che lavorano nell'agricoltura", dall'altro, "prezzi ragionevoli nelle consegne ai consumatori", finalità, queste, che secondo l'opinione prevalente (287) possono assumere un proprio autonomo rilievo rispetto a quella di razionalizzazione dei mercati, consentendo quindi che, per lo meno nel breve o nel medio termine, "necessità d'indole sociale" conducano al "sacrificio di criteri puramente economici" (288). Saranno dunque del tutto leciti provvedimenti amministrativi di sostegno dei prezzi o di sgravio dei costi (289), oppure pratiche o intese private "restrittive" normalmente vietate dagli artt.85 e 86 (290), qualora pur contrastando la dinamica naturale del mercato appaiano nondimeno necessari per attribuire alla forza lavoro agricola "(r)emunerationi comparabili a quelle che riceverebbe negli altri settori economici" (291); e lo stesso potrà dirsi per interventi calmieratori che in una ipotetica situazione di rarità dell'offerta (292) permettano alla collettività di fruire senza costi eccessivi di beni di prima necessità, quali sono per lo più i prodotti agricoli (293).

La prevalenza che attraverso tali atti o comportamenti normativi verrà così a realizzarsi dell'interesse all'equità redistributiva su quello all'efficienza dei rapporti economici, esprimendo la soluzione data ad un conflitto apertosi "all'interno" della nozione materiale di eguaglianza protetta fra profili di questa parimenti fondamentali, renderà a nostro avviso dovuto, in coerenza con un principio di portata generale che verrà più in là illustrato, un attento "controllo di razionalità", e cioè una verifica giudiziale che la misura sottoposta a scrutinio risulti coerente con il fine perseguito, necessaria, proporzionata, e perciò non produca distorsioni del gioco concorrenziale inutili o eccessive. In tal senso ci sembra vada criticata la posizione talora emergente in giurisprudenza e secondo la quale, come mostra ad esempio il caso Maizena (294), il Consiglio sarebbe tendenzialmente libero di stabilire se ed in quale misura norme e principi di diritto comunitario in materia di concorrenza debbano trovare applicazione nel settore agricolo (295): la deferenza, certo comprensibile, nei confronti delle valutazioni politiche in base alle quali il legislatore comunitario contempera interessi confliggenti, nell'esercizio peraltro di un potere espressamente attribuitogli dal Trattato (art.42,1), non può infatti significare astensione da un giudizio penetrante, per lo meno rispetto ad eventuali arbitrarie di tali valutazioni, quando le classificazioni così poste in essere comportino per definizione la lesione di (altri) interessi alla

parità di trattamento garantiti come essenziali dall'ordinamento (296).

Un distinto problema, su cui riteniamo opportuno richiamare l'attenzione, è poi quello del "come" della redistribuzione, e cioè di quali siano i soggetti o le categorie sociali su cui sia giusto far gravare l' "espropriazione di utilità" che interventi per fini di equità redistributiva inevitabilmente comportano. Qualche indicazione potrebbe trarsi dal caso Bela Muehle, in cui si discuteva di un regolamento che allo scopo di smaltire eccedenze di latte magro in polvere ne imponeva l'acquisto ai consumatori di altri prodotti foraggeri, facendo così ricadere i relativi costi non solo sui produttori del settore lattiero, direttamente o indirettamente beneficiari degli effetti protezionistici di tale misura, ma anche e soprattutto su soggetti operanti in altri settori agricoli: nell'argomentare sulla liceità di tale classificazione, la Commissione infatti nega che esista un principio secondo cui "un certo settore debba sobbarcarsi da solo a tutti gli oneri concernenti la soluzione dei suoi problemi", giacchè è sufficiente che vi sia "un certo collegamento" fra il settore chiamato a fare sacrifici ed il settore avvantaggiato, collegamento che, si afferma, sussiste comunque per definizione fra tutti gli operatori economici dell'agricoltura; e questa posizione è forse condivisa dalla Corte allorchè, limitandosi a sanzionare per lesione del principio di proporzionalità il

quantum della misura impugnata, sembra implicitamente ammettere la validità del suo ambito soggettivo di applicazione, mentre invece l'Avvocato Generale sottolinea la possibilità alternativa di porre tale onere a carico del bilancio comunitario distribuendone quindi il peso, attraverso l'imposizione fiscale, sulla generalità dei consociati (297). Queste prese di posizione risultano tuttavia troppo scarse ed incidentali perchè se ne possa derivare una compiuta e coerente teoria, nè ci risultano altri casi in cui i giudici di Lussemburgo abbiano trattato ex professo questo particolare profilo. Il che non toglie, a nostro avviso, che esso possa assumere un importante rilievo nella prassi del giudizio comunitario di eguaglianza: fatta salva, anche qui, la discrezionalità che è corretto riconoscere alle istituzioni politiche nel bilanciare gli interessi contrapposti delle varie categorie sociali, potranno nondimeno essere impugnate come discriminatorie quelle scelte normative che, alla luce delle caratteristiche di ciascun caso concreto, sembrano riflettere una ponderazione palesemente iniqua. Così, nel decidere se far gravare solo su certi operatori economici o piuttosto sull'intera collettività i costi di provvedimenti miranti alla salvaguardia di imprese in crisi, dovrà sempre svolgersi un calcolo sulla "penosità relativa" dell'una o dell'altra ipotesi, escludendosi ad esempio senz'altro la prima qualora risulti che procedendo in tal modo si comprometterebbe gravemente l'equilibrio economico degli operatori colpiti dalla

misura; per gli stessi motivi, il sacrificio dell'interesse dei consumatori a fruire di prezzi ragionevoli per far salvo quello, certo in linea di principio prevalente, dei produttori ad un tenore di vita equo dovrà essere commisurato alla situazione generale dei mercati agricoli, ed apparirà sempre meno giustificabile, e quindi sempre più probabile fonte di discriminazioni, quanto più elevato risulterà essere, per effetto delle politiche di struttura o anche di fenomeni congiunturali di breve periodo, il reddito medio degli agricoltori; e così via (298).

### 2.3. pari dignità degli Stati membri.

L'eguaglianza intesa come pari dignità dei membri del corpo sociale rappresenta senz'altro un elemento fondamentale della cultura politica moderna, in particolare di quella ideologia garantista liberaldemocratica sorta e sviluppatasi con le grandi rivoluzioni borghesi e che continua nei suoi tratti essenziali ad ispirare l'ordinamento dei paesi occidentali: il valore della pari dignità puo infatti considerarsi quale precondizione necessaria per la legittimazione del sistema politico attraverso il ricorso, proprio di tale ideologia, alla retorica del "contratto sociale" (299), giacchè, com'è ovvio, questo intanto potrà giustificarsi in quanto risulti appunto

garantito "equal concern and respect" ai consociati (300), e quindi la loro parità di trattamento sia nell'accesso al "negoziato", sia, più in generale, nella comune vita di relazione. In un certo senso si può dire che sia proprio qui l'origine prima del riconoscimento dell' "eguaglianza di fronte alla legge" quale norma costituzionale e del divieto generalizzato di privilegi che ne consegue.

Queste osservazioni ci sembra spingano a ritenere, sia pure in assenza di un qualche elemento di diritto positivo che possa darne conferma, che un simile valore entra anche nella nozione materiale di eguaglianza protetta dall'ordinamento comunitario: le Comunità Europee possono infatti essere considerate come una "società" istituzionalmente organizzata, anche se una società fra Stati, che presenta problemi di formazione del consenso e di legittimazione del potere in gran parte simili a quelli appena richiamati in riferimento all'esperienza delle comunità nazionali, e la cui soluzione è presumibile avvenga in base ad una medesima ideologia o teoria politica, posto che comune agli ordinamenti degli Stati membri appare la tutela del valore di giustizia distributiva di cui si discorre e l'ispirazione alla particolare tradizione culturale in cui come si è detto questo si iscrive.

Quanto poi agli effetti che il riconoscimento di questo valore può avere sulla prassi del giudizio comunitario di eguaglianza, rinviemo a quanto già detto allorchè si è

individuato ed analizzato come profilo tipico di discriminatorietà quello delle "disparità di trattamento fra Stati membri": come si è osservato in quella sede, infatti, questo profilo conduce a valutare appunto in relazione alla pari dignità (oltre che alla solidarietà) fra i partners del processo integrativo atti o comportamenti normativi che classificchino fra gli Stati membri, considerati nella loro natura di enti politici unitari. Basterà qui ribadire che la scarsa frequenza con la quale questo possibile mezzo di ricorso compare nella esperienza giurisprudenziale va attribuita ad un comprensibile atteggiamento di self-restraint, tanto della Corte quanto soprattutto dei potenziali attori, e cioè degli Stati membri, rispetto ad interventi del potere giudiziario su scelte, quali quelle attinenti alla allocazione di oneri e benefici fra i paesi della Comunità, di contenuto eminentemente politico; e che, nondimeno, interventi di questo genere saranno a nostro avviso del tutto giustificabili in particolari ipotesi, e precisamente quando lo stesso processo decisionale risulti viziato dalla violazione dei "diritti partecipativi" di uno Stato membro, oppure quando i giudici del Lussemburgo siano chiamati a sanare situazioni di "eccessiva onerosità sopravvenuta" lesive dell'equilibrio sinallagmatico fra le prestazioni corrisposte da ciascuno Stato membro per il conseguimento degli obiettivi dell'integrazione.

2.4. solidarietà fra gli Stati membri.

Che gli Stati membri siano legati da vincoli solidaristici, e che a questi debba essere dato rilievo nel giudizio sulla discriminatorietà di trattamenti normativi differenziati di cui essi, e le loro comunità nazionali, siano destinatari, ci sembra cosa evidente. Da una considerazione complessiva dei trattati istitutivi delle Comunità e delle finalità lato sensu che questi perseguono, in particolare quali risultano dal Preambolo e dalle norme fondamentali sui "Principi" del Trattato di Roma, appare evidente come essi non esprimano, o non esprimano soltanto, un mero scambio reciproco di prestazioni fra le parti contraenti, ma mirino anche e soprattutto ad uno scopo comune di portata generale, "porre le fondamenta di una unione sempre più stretta fra i popoli europei", che chiaramente trascende la cura egoistica da parte di ciascuno Stato del proprio "particolare" e, al contrario, impone e legittima i sacrifici "unilaterali" che dovessero eventualmente a tal fine apparire necessari. D'altro canto conferme in tal senso possono derivarsi dallo stesso diritto positivo: dall'art.2, che impegna la CEE a promuovere uno sviluppo armonioso delle attività economiche "nell'insieme della Comunità", e dalle disposizioni particolari che ne costituiscono attuazione specifica (ad esempio, l'art.39 allorchè prevede che la politica agricola comune dia il dovuto rilievo alle disparità strutturali e

naturali fra le diverse regioni agricole, o gli artt.123 e 130 che attribuiscono al Fondo Sociale Europeo e alla Banca Europea degli Investimenti la funzione di sanare nelle rispettive sfere d'azione gli squilibri regionali cui la creazione del mercato comune può dare origine (301), qualora queste norme vengano interpretate come fondamento per interventi non solo di "razionalizzazione economica" in vista di più alti livelli di efficienza nel lungo periodo, ma anche di redistribuzione della ricchezza, fra le diverse aree economiche interessate al processo integrativo, per ragioni di mera equità (302); dagli artt.103 e 107, che impegnano gli Stati membri a considerare le proprie politiche di congiuntura e monetarie come una questione di "interesse comune"; dall'art.108, che per il caso di difficoltà o grave minaccia di difficoltà nella bilancia dei pagamenti di uno Stato membro prevede anche l'ipotesi del ricorso ad una procedura di "concorso reciproco" in cui gli altri Stati possono essere chiamati a prestare aiuto a quello in crisi; dall'art.234, che nel fare obbligo agli Stati membri parti di convenzioni concluse anteriormente alla entrata in vigore del Trattato, e con questo inconciliabili, di eliminare tali incompatibilità, dispone che ove occorra "gli Stati membri si forniscano reciproca assistenza per raggiungere tale scopo, assumendo eventualmente una comune linea di condotta". Per una, sia pure indiretta, conferma giurisprudenziale può invece richiamarsi la sentenza Valsabbia (303) in cui, nel convalidare provvedimenti dell'Alta Autorità

CECA che per fronteggiare la crisi di certe imprese siderurgiche riducevano il vantaggio competitivo di un gruppo ben definito di altre imprese, la Corte richiama il principio fondamentale, desunto da varie norme del Trattato di Parigi, della "solidarietà" fra gli operatori economici del settore: principio che però, date le particolarità del caso di specie, finisce per tradursi in un obbligo di solidarietà fra gli Stati membri, posto che imprese avvantaggiate ed imprese svantaggiate risultavano anche avere una distinta nazionalità, e che il loro trattamento differenziato finiva verosimilmente con l'incidere direttamente sull'equilibrio economico generale del proprio paese d'origine.

Il riconoscimento della solidarietà intracomunitaria quale valore di giustizia distributiva potrà orientare il giudizio di eguaglianza soprattutto quando questo avrà per oggetto atti o comportamenti normativi fonti di disparità di trattamento fra Stati membri: su cosa ciò significhi o possa significare nella prassi (legittimazione di redistribuzioni equitative fra le varie comunità nazionali del reddito prodotto nel mercato comune, sanzione di discriminazioni fra i partners dell'integrazione anche in materie estranee alla competenza dell'ordinamento), si fa qui rinvio a quanto già osservato nell'analisi di quel "profilo tipico".

2.5. identità nazionali.

Per "identità nazionali" intendiamo l'insieme di particolari e diversi usi, tradizioni, costumi, memorie storiche, che produce l'originalità culturale, lato sensu, di ciascuno dei popoli della Comunità (la specificità dell' "essere italiano" contrapposta alla specificità dell' "essere francese", e così via), e che si riflette su tutti i momenti della loro vita di relazione, inclusi quelli rilevanti ai fini dell'integrazione.

Considerati obbiettivi e strumenti dell'ordinamento delle Comunità Europee, non c'è dubbio che questo non intende affatto sopprimere o ignorare tali identità nazionali, attuando una assoluta uniformizzazione, normativa e sociale, nella disciplina delle situazioni e rapporti sottoposti alla propria giurisdizione; meno chiaro tuttavia è se ciò avvenga per meri limiti di competenza, e cioè per la scelta metodologica di perseguire le finalità comuni lasciando la maggior parte delle materie sotto la sovranità normativa degli Stati membri, con l'unica riserva di un eventuale ravvicinamento delle relative legislazioni (304), o se invece, come a nostro avviso sarebbe pure possibile e in certe ipotesi auspicabile, perchè entra in gioco un interesse direttamente tutelato dalle Comunità quale componente della propria nozione materiale di eguaglianza. La differenza è importante: nel secondo caso, e non nel primo, la protezione delle identità nazionali, elevata a valore di giustizia distributiva comunitaria, potrà infatti rilevare nella valutazione delle classificazioni normative, consentendo di

qualificare come discriminatorie quelle che abbiano appunto l'intento, o l'effetto, di impedire alle nazioni interessate al processo integrativo di preservare i propri caratteri distintivi.

In realtà non ci risultano elementi, nel diritto scritto o giurisprudenziale, che permettano di pronunciarsi inequivocabilmente in un senso o nell'altro. Potrebbero qui richiamarsi le tesi sviluppate dal Mattera (305) sul c.d. "principio di equivalenza", di solito desunto da quel passo della sentenza Cassis de Dijon in cui la Corte, nell'affermare l'illiceità di standards di produzione o commercializzazione restrittivi delle importazioni di determinati beni, ha ritenuto opportuno sottolineare come quegli stessi beni fossero del tutto conformi alla legislazione del proprio paese d'origine: secondo l'Autore ciò indicherebbe la volontà di evitare che l'obbiettivo della libera circolazione delle merci sia conseguito attraverso la creazione di "europroduits", vale a dire attraverso l'adozione in tutti gli Stati membri di standards uniformi, e di mantenere invece in vita le relative diverse tradizioni nazionali o regionali. Ma si tratta di una interpretazione forzata: quello posto in risalto dal Mattera, più che l'espressione di un valore tutelato in sé e per sé, ci sembra un effetto indiretto ed eventuale della pronuncia dei giudici del Lussemburgo, se è vero che con il richiamato inciso la Corte si limita a fondare una presunzione relativa in merito all'assenza di "esigenze imperative" dello Stato importatore che consentano di derogare ai

comandi degli artt.30 e 34, presunzione che può essere certo superata qualora lo Stato dimostri l'irrinunciabile necessità che i prodotti importati rispondano a determinati requisiti, anche quando ciò comporti il sacrificio della loro tipicità merceologica. Oppure si potrebbe ricordare l'art.36 che nel legittimare misure restrittive degli scambi assunte per la protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale fa riferimento essenzialmente a beni appartenenti alla tradizione culturale degli Stati membri (306); o anche la già menzionata sentenza Walrave in cui la Corte ha escluso che siano incompatibili con le norme comunitarie sulla libera circolazione delle persone restrizioni all'assunzione o all'impiego di stranieri poste in essere per la formazione di squadre sportive di rappresentanza nazionale. Anche qui, tuttavia, più che un interesse proprio delle Comunità, come pure potrebbe essere qualora la diversificazione culturale delle varie etnie venisse considerata caratteristica qualificante dell'Europa integrata, sembrano entrare in gioco interessi per così dire "esterni", interessi degli Stati membri cui l'ordinamento dà rilievo solo quale eventuale limite alla operatività delle proprie norme e dei valori di giustizia distributiva che queste esprimono.

Ad ogni modo ciò non esclude che, nella prospettiva indicata, il valore delle "identità nazionali" possa in futuro venire richiamato per sfidare la compatibilità con il principio comunitario di eguaglianza di atti o comportamenti normativi, e

trovare garanzia da parte della Corte di giustizia: che è quanto premeva rilevare in questa sede.

2.6. pari dignità umana.

Nell'esperienza del costituzionalismo moderno, come si notava inizialmente, l'assioma etico della pari dignità degli individui in quanto esseri umani può considerarsi, in generale, all'origine stessa della garanzia della "eguaglianza di fronte alla legge", della quale giustifica la funzione di strumento di legittimazione del sistema politico; in particolare, tale assioma consente poi di fondare una presunzione di irragionevolezza (e quindi di discriminatorietà) nei confronti di qualsiasi classificazione basata sulla razza, sul sesso, sulla religione, sulle opinioni politiche, o su ogni altra condizione o qualifica attinente alla persona umana che la coscienza sociale considera, in linea di principio, irrilevante ai fini della distribuzione di oneri e benefici fra i consociati.

Che argomentazioni identiche possano essere fatte valere nell'ordinamento delle Comunità Europee, e cioè che il valore della pari dignità umana possa orientare il giudizio di eguaglianza nel foro del Lussemburgo, va a nostro avviso ammesso, ma solo in circostanze particolari, e precisamente in quelle nelle quali appare corretto ritenere che i "diritti dell'uomo"

possano trovare tutela anche nello spazio giuridico comunitario. Riprendendo considerazioni già svolte nei precedenti capitoli, ricordiamo infatti che come effetto della dottrina con la quale la Corte di giustizia ha riconosciuto che situazioni di vantaggio equivalenti ai "diritti fondamentali" degli ordinamenti interni rientrano fra i principi generali non scritti dell'ordinamento (307), le istituzioni comunitarie ( e gli Stati membri nella parte in cui agiscono come "gestori" di interessi delle Comunità), vedono limitata la discrezionalità delle proprie scelte normative essendo loro vietato di esercitare tali poteri ponendo in essere "discriminazioni odiose", quali appunto quelle espressione dei pregiudizi o stereotipi sulla persona umana più su richiamate. E' altrettanto evidente, tuttavia, che la protezione dei diritti dell'uomo, e dunque la garanzia dell'eguaglianza sotto il profilo di cui si discorre, non rientra di per se nella sfera delle "competenze d'attribuzione" di cui gode l'ordinamento comunitario: il che significa che atti o comportamenti in tal senso discriminatori assunti dagli Stati membri in materie di dominio riservato, oppure la mancata adozione da parte delle istituzioni di interventi "in positivo" per l'attuazione di questo aspetto della "eguaglianza di fronte alla legge", non potranno essere oggetto di censura, salvo che la lesione della pari dignità degli esseri umani non risulti tradursi in una lesione di (altri) interessi fondamentali direttamente tutelati come propri dal sistema giuridico delle

Comunità Europee. Per esemplificare, un regolamento emanato dal Consiglio per la disciplina delle organizzazioni comuni dei mercati agricoli e che classifichi in relazione alla razza dei destinatari potrà certo essere impugnato, e verrà verosimilmente invalidato, perchè in palese contrasto con le "tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri" e quindi con inderogabili principi di diritto comunitario non scritto; lo stesso non potrà invece valere per una simile norma emanata da uno Stato membro nell'esercizio di poteri ritenuti, e sia pure in riferimento a fattispecie comunitariamente rilevanti, oppure per la mancata promozione da parte delle istituzioni di Bruxelles di misure volte a conseguire l'integrazione razziale nel mercato comune, sempre che non sia possibile dimostrare che tali comportamenti, attivi o omissivi, confliggano, anche se di "riflesso", con obbiettivi comunitari, come avverrà per esempio quando siano di ostacolo alla eguale libertà di movimento delle persone oppure alla parità di trattamento fra produttori o consumatori agricoli.

Va qui rilevato, superandosi un equivoco spesso ricorrente, che non sarebbe corretto giungere a conclusioni diverse in base alla considerazione che il Trattato di Roma, secondo quanto può evincersi dal Preambolo o dalle singole disposizioni caratterizzate da una valenza "sociale", mira a migliorare le condizioni di vita dei popoli europei, risultando perciò in ultima istanza ispirato alla salvaguardia del benessere

economico e morale degli esseri umani: lo stesso Trattato, infatti, è altrettanto chiaro nel vincolare il perseguimento di tale fine (così come degli altri compiti istituzionali delle Comunità) all' "instaurazione del mercato comune" ed al "graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri", richiamandolo cioè come mera, presumibile conseguenza del ricorso ai due strumenti tipici dell'integrazione, e quindi così riducendo le possibilità di una sua autonoma utilizzazione quale parametro per la valutazione della legittimità in punto di diritto comunitario di atti e comportamenti normativi. In tal senso vanno rifiutate le tesi di quanti nel divieto di discriminazioni in materia di libera circolazione posto dall'art.48 vedono la garanzia di un "individual right" attinente al libero sviluppo della persona umana (308) o il mezzo per la creazione di "una prima rudimentale e imperfetta forma di cittadinanza europea" (309), giacchè ciò potrebbe condurre a ritenere che il Trattato tuteli l'eguale godimento da parte degli individui di una generale libertà di movimento (310), mentre è invece chiaro, e confermato inequivocabilmente dalla giurisprudenza (311), che il diritto comunitario si interessa soltanto alla eliminazione di quanto ostacola la realizzazione di un mercato comune del lavoro salariato, quali che siano poi gli scopi umanitari e di giustizia sociale che attraverso tali interventi di "razionalizzazione economica" si intendono conseguire (312). Allo stesso modo, è errato considerare

l'art.119, che impegna gli Stati membri ad assicurare la parità di retribuzioni senza distinzioni fondate sul sesso, come l'espressione della volontà dell'ordinamento di tutelare la pari dignità di uomini e donne (313), giacchè da quelle che sembrano essere state le intenzioni degli Stati membri all'atto della redazione del Trattato (314) e dall'analisi complessiva del sistema giuridico comunitario risulta evidente come la primaria funzione di tale disposizione, così come in genere delle norme del Titolo III sulla politica sociale, sia piuttosto quella di sanare le distorsioni della concorrenza e gli squilibri prodotti dall'integrazione economica su realtà nazionali caratterizzate da un diverso grado di sviluppo sociale (315).

Semmai, il valore della pari dignità degli esseri umani potrebbe assumere rilievo in via indiretta qualora servisse, più o meno esplicitamente, a legittimare interpretazioni estensive delle situazioni di vantaggio desumibili dalle norme di diritto comunitario (ciò che, com'è ovvio, potrà avvenire soprattutto in riferimento alle norme aventi per oggetto il trattamento delle persone). Si consideri la tesi, oggi prevalente in giurisprudenza (316), per cui l'obbligo posto dall'art.7 del regolamento n.1612/68 di una eguale corresponsione a lavoratori migranti e lavoratori nazionali dei benefici sociali e fiscali previsti dall'ordinamento dello Stato ospite varrebbe anche per prestazioni non direttamente connesse al contratto o al rapporto di lavoro, ed indipendentemente dall'esistenza di un intento del

legislatore di favorire specificamente la condizione del lavoratore subordinato (317). Da un lato, come mostrano ad esempio le argomentazioni della Corte nel caso Inzirillo (318), la garanzia di tali diritti sembra sempre dipendere dal fatto che un loro eventuale disconoscimento potrebbe costituire un ostacolo, o per lo meno un serio disincentivo alla mobilità della forza lavoro nel mercato comune: così, l'esclusione di stranieri cittadini di altri Stati membri dal godimento di sussidi per l'esercizio di attività ludiche, per quanto in probabile contrasto con il valore di giustizia distributiva di cui si discorre, sarebbe difficilmente sanzionabile nel foro comunitario; salvo a dimostrare, ciò che appare alquanto improbabile, l'incidenza negativa di una classificazione del genere sui flussi migratori. D'altro lato, è anche vero che dall'ampiezza del catalogo di vantaggi in tal modo riconosciuto ai migranti ed alle loro famiglie (319) potrebbe desumersi che, pur muovendosi all'interno dell'indicata prospettiva, i giudici del Lussemburgo siano inclini a non considerare il lavoratore semplicemente come il prestatore di un fattore della produzione, ma a valutarlo "nella sua complessità umana" (320), ritenendo perciò di poter giungere a colpire quelle discriminazioni che, pur non ostative della libera circolazione in quanto tale ( nel senso che per il suo stato di bisogno il lavoratore sarebbe comunque spinto a trasferirsi nello Stato membro caratterizzato da deficit nell'offerta di lavoro), impediscano nondimeno che

questa possa svolgersi, per parafrasare lo stesso regolamento n.1612/68, "in condizioni obbiettive di libertà e di dignità" (321): la tutela di queste esigenze, e la cura per la persona umana che attraverso di esse si esprime, motiverebbe e giustificherebbe dunque interpretazioni late di obbiettivi e strumenti del processo integrativo, e quindi degli obblighi di parificazione nel trattamento normativo che se ne possono derivare. Di questo approccio, e degli effetti che esso può avere sulla prassi del giudizio comunitario di eguaglianza, appare esemplificativo il già menzionato caso Levin (322), in cui si discuteva se dei diritti di mobilità territoriale e professionale dei lavoratori potesse godere anche il cittadino comunitario che avesse svolto in un'altro Stato membro un'attività lavorativa ad orario ridotto, percependo un reddito inferiore a quello minimo stabilito dalla legge interna, e ciò, sembra di capire, al solo scopo di potersi stabilire in tale paese e soprattutto di estendere al proprio coniuge, cittadino di uno Stato terzo, lo statuto privilegiato di cui godono i familiari del "migrante". La Corte risponde senza esitazioni in senso positivo, argomentando, da un lato, che l'abolizione degli ostacoli alla libera circolazione delle persone va considerata, alla luce degli artt.2 e 3 del Trattato di Roma, come volta a promuovere l'armonico sviluppo delle attività economiche ed il miglioramento del tenore di vita, e perciò non può non riguardare anche il lavoro part-time, la cui tutela da intralci o discriminazioni appare

parimenti necessaria in vista di tali finalità; dall'altro, che in nessun conto devono comunque essere tenuti i motivi soggettivi che possono aver spinto il singolo a cercare lavoro all'estero. E' appunto il rapporto fra questi due argomenti che ci sembra meriti attenzione: l'espresso disinteresse della Corte per un uso "fraudolento" del diritto comunitario, come quello realizzatosi nel caso di specie, mostra infatti come, dietro all'interpretazione particolarmente estensiva della funzione economico-sociale delle norme sulla libera circolazione, agisca in realtà un atteggiamento di "disfavore" nei confronti di ostacoli alla libertà di movimento di cui tutti i soggetti dovrebbero egualmente fruire nel territorio comunitario, quali che siano le ragioni (affettive, di studio, turistiche) della loro volontà di risiedere in un paese diverso da quello d'origine, atteggiamento che appunto porta ad estendere i vantaggi derivabili dagli artt.48 e ss. a chiunque riesca ad assumere, sia pure in modo "serio" e "realistico" (323), le sembianze del lavoratore subordinato.

Una conferma di questa possibilità di utilizzazione del valore della pari dignità umana nel giudizio comunitario di ragionevolezza delle classificazioni normative può infine derivarsi da quei vari interventi delle istituzioni, spesso rimasti a livello di mere proposte de jure condendo, miranti a favorire nella maggior misura possibile l'integrazione del lavoratore e del suo nucleo familiare nel paese di residenza

(324), e che per il tipo di benefici previsti, o per la frequente estensione del proprio ambito soggettivo di applicazione anche ad apolidi, rifugiati, migranti di Stati terzi, appaiono animati da "finalità di carattere umanitario" (325) distinte da quelle più propriamente comunitarie di razionalizzazione dei rapporti economici. Per quanto espressione di scelte eminentemente discrezionali quali sono quelle che le istituzioni pongono in essere in vista dell'armonizzazione dei sistemi sociali degli Stati membri e in generale dell' "armonizzazione" dei loro ordinamenti (326), e quindi di per sé irrilevanti per l'individuazione dei limiti di "higher law" che il principio comunitario di eguaglianza pone all'esercizio del potere normativo, questi interventi consentono infatti di dare ulteriore legittimazione, indicandone appunto la compatibilità con aspirazioni di giustizia distributiva emergenti negli ambienti politici comunitari, ad interpretazioni giudiziali notevolmente estensive del diritto scritto fondate su un esplicito o implicito richiamo al valore della pari dignità degli esseri umani.

## 2.7. razionalità.

Discriminazione può aversi anche (qualcuno direbbe: soltanto (327)) per irrazionalità della classificazione normativa. Ciò significa, come già si diceva, che nel decidere in

merito alla distribuzione di vantaggi e svantaggi posta in essere con il proprio intervento l'ente normatore non ha rispettato principi di logica formale (perchè la norma risulta internamente incoerente o contraddittoria rispetto all'ordinamento complessivo vigente), o la verità fattuale (perchè la decisione è fondata su giudizi di fatto errati), o anche considerazioni di "efficienza" (perchè sono configurabili discipline alternative meno "costose"); elementi, questi, il cui accertamento incide sulla struttura del giudizio di eguaglianza comportando la valutazione e l'eventuale censura del fine dell'atto o comportamento normativo (per l'ipotesi, nella realtà rara, che questo risulti "impossibile"), del suo ambito di applicazione soggettiva (per il caso in cui questo non includa tutti coloro, e solo coloro, i quali si trovano in una posizione identica rispetto al fine perseguito), del comando adottato (allorchè questo risulti privo di nessi di causalità, necessarietà, proporzionalità con il fine della norma e sia perciò fonte di una disparità di trattamento ingiustificata nei confronti della categoria di soggetti ad esso non subordinati).

Non c'è dubbio che, come negli ordinamenti interni degli Stati membri, ed in coerenza con uno degli elementi più tipicamente qualificanti la cultura occidentale moderna (appunto, il "razionalismo"), anche nell'ordinamento delle Comunità Europee la razionalità sia riconosciuta quale fondamentale valore di giustizia distributiva, orientando la garanzia giudiziale

dell'eguaglianza nel senso indicato della sanzione dell' "arbitrario". Il "controllo di razionalità" delle classificazioni normative varrà in via generalizzata per gli atti o comportamenti delle istituzioni (328), o anche degli Stati membri quando questi "gestiscano" interessi propri delle Comunità (329): oltre che in alcune norme specifiche dei trattati, quali quelle che impegnano a realizzare certi interventi solo in caso di stretta necessità limitando al minimo possibile gli effetti negativi del provvedimento assunto (330), o a quelle che richiedono che nell'esercizio delle proprie attribuzioni gli organi di Bruxelles diano il dovuto rilievo a tutti gli interessi coinvolti dalla loro azione (331), ciò trova soprattutto giustificazione in basilari principi generali del diritto comunitario non scritto, e precisamente quelli già richiamati di eguaglianza e di proporzionalità (332), i quali senz'altro consentono ai giudici di Lussemburgo di colpire qualsiasi profilo di arbitrarietà nelle scelte normative dei poteri comunitari, lato sensu intesi. Il settore della politica agricola comune, nel quale è particolarmente intensa la emanazione da parte del Consiglio e della Commissione di regolamenti e direttive, fornisce vari esempi in proposito (333).

A causa dei limiti di competenza dell'ordinamento, e per motivi già esposti, dovrà invece escludersi la ricorribilità al principio di eguaglianza quale fondamento per uno scrutinio generalizzato in punto di razionalità nei confronti di atti o

comportamenti posti in essere dagli Stati membri in materie di dominio riservato (o anche di atti o comportamenti di privati espressione della loro autonomia negoziale): l'intervento del giudice comunitario troverà infatti giustificazione solo quando l'arbitrarietà della scelta normativa incida presumibilmente in modo negativo sul perseguimento degli obiettivi istituzionali delle Comunità, e cioè, per dirla altrimenti, solo quando l'"irrazionalità" sia probabile causa di "irragionevolezza". Ciò ci sembra possa avvenire in tre casi. In primo luogo quando, di fronte ad una delle già analizzate "fattispecie tipiche di discriminatorietà", superato il sospetto di lesione dei valori di giustizia distributiva per la verificata liceità dell'interesse alla disparità di trattamento introdotta, si ritenga nondimeno necessario accertare, appunto per la presenza di un criterio sospetto di classificazione, che tali disparità siano effettivamente ed unicamente funzionali alla soddisfazione di quell'interesse, e non introducano surrettiziamente delle discriminazioni. Così, nelle già menzionate sentenze in cui si ammette la compatibilità con il divieto comunitario di discriminazioni in base alla nazionalità di provvedimenti indirizzati ai soli lavoratori stranieri ma "ragionevoli" perchè necessari alla tutela di interessi statali leciti - quali quelli al controllo dei movimenti della popolazione presente sul proprio territorio (Watson, Sagulo (334)), alla sicurezza della circolazione stradale (Choquet (335)), alla costituzione di

squadre sportive di rappresentanza nazionale (Donà (336)) - la Corte pone anche le premesse per un penetrante controllo di razionalità, affermando il divieto per il legislatore nazionale di adottare misure non necessarie rispetto al fine perseguito o sproporzionate rispetto all'interesse comunitario alla libera circolazione cui quel fine è funzionalizzato (337), e perciò verosimile espressione di intenti, o fonte di effetti, discriminatori. Allo stesso modo, nella materia della circolazione delle merci, si riconosce la possibilità di pretendere dai soli prodotti messi in libera pratica nel mercato comune l'indicazione nella dichiarazione doganale dello Stato terzo di origine, quando tale informazione risulti indispensabile per l'attuazione di provvedimenti di politica commerciale adottati dallo Stato importatore nei confronti di tali prodotti, e questo perchè misure del genere mirano a garantire un interesse statale, la protezione da "deviazioni di traffico", cui il diritto comunitario da senz'altro tutela (338); ma al tempo stesso si afferma che tali misure verranno considerate come equivalenti a restrizioni quantitative sulle importazioni, e perciò vietate dall'art.30, nell'ipotesi in cui appaiano non strettamente necessarie per la realizzazione di tale giusto obbiettivo (Donckerwolcke (339)). O ancora, in un passo non del tutto chiaro della sentenza Dassonville (340), posto che in assenza di un regime comunitario sulle denominazioni d'origine gli Stati membri mantengono il potere di intervenire per

garantire i consumatori in merito all'autenticità dei prodotti e che gli effetti restrittivi sugli scambi che ne conseguono vanno perciò considerati comunitariamente leciti, si aggiunge tuttavia la condizione che i provvedimenti assunti siano "ragionevoli" (e cioè, si vuol dire, caratterizzati da un rapporto di causalità, necessarietà, proporzionalità con il fine perseguito) perchè altrimenti quegli effetti andrebbero considerati eccessivi, vale a dire in conflitto con la disciplina di cui agli artt.30 e 34.

In secondo luogo, ed a maggior ragione, uno scrupoloso controllo di razionalità si giustificherà nei confronti di provvedimenti in sè confliggenti con principi e norme di diritto comunitario ma legittimati dall'ordinamento come "deroghe" in vista della tutela di esigenze superiori: si comprende infatti come anche e soprattutto in questo caso l'uso arbitrario del potere normativo darà luogo a classificazioni che, portando verosimilmente oltre misura la lesione, altrimenti giustificata, di interessi ordinariamente tutelati nel sistema giuridico comunitario dovranno considerarsi come discriminatorie. Ciò trova conferma in espresse disposizioni di diritto scritto, quali ad esempio l'art.36 che dopo aver escluso l'applicabilità degli artt.30 e 34 a divieti o restrizioni all' importazione, all'esportazione e al transito di merci giustificati da motivi per lo più attinenti ad interessi "pubblicistici" degli Stati membri, richiede tuttavia che essi comunque non costituiscano "un mezzo di discriminazione arbitraria, nè una restrizione

dissimulata al commercio tra gli Stati membri": mentre quest'ultima clausola sembra rinviare alla necessità di una valutazione realistica del fine perseguito dalla misura restrittiva degli scambi onde evitare un uso fraudolento della deroga (aspetto su cui ci si soffermerà nel seguito del lavoro), la prima condizione impone invece appunto che tale esercizio dei poteri normativi statali avvenga secondo criteri di razionalità, sì da evitare ostacoli alla libera circolazione ingiustificati perchè inutili o eccessivi (341). E d'altro canto la Corte stessa, allorchè individua pretoraneamente altre eccezioni alla normale efficacia delle disposizioni dei Trattati, si muove in questa stessa prospettiva: come dimostra la sentenza Cassis de Dijon (342), ove si afferma che in materie non sottoposte a discipline comuni lo Stato membro può assumere provvedimenti lesivi della libertà di scambio nel mercato comune per la soddisfazione di sue "esigenze imperative", ma, appunto, solo quando ciò risulti a tal fine necessario.

Vi è infine una terza ipotesi, che non trova conferma nella prassi, ma che a nostro avviso estenderebbe correttamente la ricorribilità al principio di eguaglianza quale strumento di garanzia in diritto comunitario: il controllo di razionalità dovrebbe ritenersi azionabile nei confronti di atti o comportamenti normativi statali anche alla semplice condizione che questi risultino incidere, sia pure indirettamente, su interessi di rilevanza comunitaria, giacchè pure in tal caso

dovrebbe presumersi che classificazioni arbitrarie si traducano in allocazioni di vantaggi e svantaggi diverse da quelle che la garanzia di tali interessi presupporrebbe. Questa possibilità di sindacato dei giudici del Lussemburgo nei confronti della discrezionalità normativa degli Stati membri appare tanto più plausibile quando, come già auspicato, si superi l'errata tendenza a risolvere il giudizio comunitario di eguaglianza nel mero accertamento in merito all'esistenza di una fattispecie tipica di discriminatorietà e si risalga invece agli interessi sostanziali tutelati attraverso la previsione di tali fattispecie, utilizzandoli quali autonomi parametri di valutazione: per esemplificare, si rinvia a quanto osservato inizialmente (343) sul diverso esito che il caso Kenny avrebbe potuto avere qualora, appunto seguendo l'approccio qui enunciato, si fosse dato rilievo agli ostacoli alla libera circolazione delle persone che possono risultare da norme le quali, pur non discriminando in base alla nazionalità, siano egualmente fonte di differenziazioni arbitrarie nel trattamento del lavoro salariato.

Infine, va sottolineato il notevole rilievo che il valore di giustizia distributiva della razionalità può acquistare nella prassi della garanzia giudiziale dell'eguaglianza in quanto fondamento teorico per quel controllo di "proporzionalità" attraverso il quale può realizzarsi la ponderazione fra gli interessi che, in caso di "deroghe" al divieto di discriminazioni, entrano in conflitto: ponderazione che ci sembra

acquisti importanza soprattutto quando la deroga esprime la prevalenza di un valore di giustizia distributiva su di un altro (e cioè un conflitto "interno", per così dire, alla stessa nozione materiale di eguaglianza), e che consente soluzioni alternative a quella radicale del pieno sacrificio dell'uno a vantaggio dell'altro, e diverse, a seconda del "peso relativo" che si ritiene di dover attribuire a tali valori nel processo di ponderazione. Ma di questo aspetto si è parlato, e si parlerà, più diffusamente in altre parti del lavoro.

3. Le deroghe.

L'individuazione della nozione materiale di eguaglianza recepita nell'ordinamento delle Comunità Europee non sarebbe completa qualora non si analizzassero le "deroghe" che l'ordinamento stesso ammette all'operatività del principio della eguaglianza di fronte alla legge: quelle ipotesi, cioè, in cui classificazioni normative, di per sé discriminatorie perchè in contrasto con uno o più dei valori di giustizia distributiva protetti, vengono nondimeno ritenute lecite, in via di eccezione, in quanto necessarie alla tutela di altri valori e interessi riconosciuti come superiori dallo stesso diritto comunitario.

Il tentativo che qui si compie di ricostruire la deroga al divieto di discriminazioni quale figura tipica del giudizio di eguaglianza appare tanto più giustificato quando si consideri come spesso in giurisprudenza questa ipotesi non risulta chiaramente distinta da quella in cui la validità della fattispecie normativa sottoposta a scrutinio viene derivata dalla ragionevolezza o razionalità delle disparità di trattamento introdotte. Come già si notava, l'identità in entrambi i casi dell'esito del giudizio - e cioè l'accertamento della compatibilità con il diritto comunitario della classificazione

normativa impugnata - non deve far ritenere che si tratti di una questione meramente nominalistica, della diversa qualificazione da dare ad un medesimo fenomeno: al contrario, alla diversità concettuale delle due figure è corretto ritenere corrisponda non solo un diverso procedimento argomentativo, ma soprattutto un diverso regime giuridico, e cioè, come si dirà, un regime caratterizzato per le situazioni di deroga da un particolare "rigore", tanto nella definizione dei presupposti della loro esistenza, quanto nella valutazione giudiziale relativa alla loro invocabilità nel caso concreto.

All'analisi di tale regime, e, preliminarmente, degli interessi tutelati attraverso il riconoscimento normativo delle deroghe alla eguaglianza comunitaria, sono dedicate le osservazioni che seguono.

### 3.1. gli interessi tutelati.

I limiti di competenza dell'ordinamento, in particolare la circostanza che gli Stati membri restano sovrani nella disciplina di tutte le situazioni o rapporti non contemplati dai trattati istitutivi o dal diritto derivato perchè in sé irrilevanti ai fini del processo integrativo, e d'altro canto la possibilità che nello svolgimento di tali funzioni di governo essi assumano atti o comportamenti normativi sia pure

indirettamente lesivi degli obbiettivi di giustizia distributiva dell'ordinamento comunitario, spiega perchè la maggior parte delle deroghe, e le più importanti, riguardino appunto interessi statali. La dottrina, già illustrata, secondo la quale i poteri ritenuti dagli Stati membri restano comunque funzionalizzati al conseguimento dei fini istituzionali delle Comunità, nel senso che il loro esercizio diviene illecito qualora, per riprendere la lata formula della sentenza Casagrande, "(p)ossa avere ripercussioni" negative su di questi, rende infatti necessaria una espressa previsione normativa perchè in caso di conflitto fra interesse statale ed interesse comunitario il primo possa prevalere sul secondo: ciò che da il senso delle numerose disposizioni derogatorie che, proprio a salvaguardia della libertà d'azione degli Stati membri nel caso in cui entrino in rilievo loro interessi superiori, fanno quasi sempre da contrappunto alla enunciazione dei più essenziali principi di diritto comunitario, e del fatto che sia stata anzi avvertita la necessità di una loro estensione, in alcune ipotesi realizzata pretorariamente dalla Corte di giustizia.

Naturalmente potranno darsi anche deroghe a garanzia di interessi propri delle Comunità, soprattutto in materie, come ad esempio l'organizzazione comune dei mercati agricoli, in cui si sia attuato un pieno "assorbimento" delle competenze statali, e quindi un correlativo trasferimento di ampi poteri normativi

(ergo classificatori) a favore delle istituzioni di Bruxelles: più raramente oggetto di esplicite disposizioni di diritto scritto, queste deroghe andranno per lo più individuate in via interpretativa astraendole dalla giurisprudenza, in particolare dalle sentenze in cui è valutato l'uso discrezionale di tali poteri fatto da Consiglio e Commissione all'atto dell'adozione di regolamenti e direttive.

Un'ipotesi particolare è poi quella, come già si notava non sempre colta con la dovuta chiarezza, in cui la deroga ad un divieto di discriminazione è funzionale alla soddisfazione di un altro (superiore) interesse alla parità di trattamento, rappresentando quindi la soluzione data ad uno dei conflitti che è facile si aprano "all'interno" della stessa nozione materiale di eguaglianza comunitaria fra diverse componenti di questa: l'eccezione al principio della eguaglianza degli operatori economici del mercato comune quale effetto necessario degli interventi di redistribuzione equitativa del reddito sociale a favore dei produttori agricoli, le limitazioni di breve periodo del libero gioco concorrenziale al fine del conseguimento di più elevati livelli di efficienza nel lungo termine, e così via. Questa ipotesi merita a nostro avviso attenzione in quanto è facile che una volta acclarata la ragionevolezza di classificazioni normative di questo genere rispetto agli assetti di giustizia distributiva che esse mirano ad attuare, non si dia

il dovuto rilievo ad altri profili di discriminatorietà in esse presenti e che, appunto, intanto possono giustificarsi in quanto vengano qualificati come necessarie eccezioni alla ordinaria operatività del principio di eguaglianza: con l'effetto di non applicare il regime restrittivo normalmente riservato alle deroghe e di escludere immotivatamente dai vantaggi del relativo sindacato giudiziale i soggetti destinatari delle conseguenze negative di tali classificazioni.

In linea generale la Corte di giustizia si mostra disposta ad ammettere la liceità di allocazioni normative di costi e benefici in sé discriminatorie, ma indispensabili per evitare "discriminazioni molto più gravi, patenti e generali" (344). Così, ad esempio, il mancato intervento correttivo delle istituzioni comunitarie su normative agricole che, a causa del modificarsi delle condizioni di fatto da esse presupposte, risultan causa di discriminazioni, non comporta secondo i giudici del Lussemburgo alcuna violazione dei trattati qualora per il rapido evolversi degli eventi congiunturali appaia "più prudente" tenere provvisoriamente in vita tutto il sistema vigente, ed intervenire solo a situazione stabilizzata (345): l'interesse ad una gestione razionale dei mercati consente cioè che si discriminino nel presente quando la eliminazione di tali disparità di trattamento rischierebbe di condurre a discriminazioni ancor più perniciose nel futuro, e questo, si badi, senza che rilevi la circostanza che i soggetti così danneggiati possano anche non

coincidere con i beneficiari nel lungo periodo di tale conduzione "efficiente" della politica normativa comunitaria. Sia pure implicitamente, considerazioni simili sembrano ispirare la Corte quando essa viene confrontata con disposizioni dei trattati che esprimono una pluralità di fini non perseguibili tutti contemporaneamente o per intero: l'affermazione, frequente in tali casi, di un obbligo a carico delle istituzioni di "conciliare" o "armonizzare" tra loro tali fini nella maggior misura possibile, può essere infatti interpretata come fondamento per quell'attento "controllo di razionalità" delle scelte normative che, consentendo la sanzione di qualsiasi loro "costo" inutile o eccessivo, è giusto si svolga, come si diceva, nei confronti di qualsiasi misura derogatoria (346). A conferma possono richiamarsi varie pronunce relative ad atti di quella politica agricola comune alla quale l'art.39 attribuisce obbiettivi di giustizia distributiva spesso mutualmente incompatibili (347); fermo restando che identici principi erano già stati formulati, più indietro nel tempo, in alcune sentenze in materia di diritto CECA (348).

Va tuttavia notato che non sempre la Corte di giustizia segue questo corretto approccio. Due esempi. Chiamata a deliberare sulla legittimità di una decisione della Commissione che aveva autorizzato ex art.226 la Francia ad adottare provvedimenti temporanei di salvaguardia per proteggere certi settori della propria industria dalla maggiore competitività dei

prodotti italiani concorrenti, la Corte rigetta il motivo di ricorso secondo il quale tali prodotti venivano in tal modo discriminati rispetto a quelli degli altri Stati membri, pure esportati nel mercato francese ma non colpiti dalla misura, giacchè, sostiene, ciò configura un trattamento differenziato di fattispecie obbiettivamente diverse essendo solo i prodotti italiani all'origine della crisi che la decisione impugnata mirava a fronteggiare (349). Con il che, tuttavia, si coglie solo un aspetto della complessa realtà dei rapporti economici e della configurazione che questi devono assumere in un mercato ispirato a principi liberoconcorrenziali: perchè se è vero che estendere alle esportazioni degli altri Stati membri le barriere protezionistiche avrebbe comportato una loro discriminazione rispetto ai prodotti francesi, giacchè li avrebbe penalizzati nonostante la loro non incidenza sulla crisi di tale industria, è anche vero che la mancata estensione nei loro confronti della misure in esame finiva con l'attribuire loro sul mercato francese un ingiustificato vantaggio competitivo artificiale rispetto ai prodotti italiani, anch'esso senz'altro discriminatorio alla luce del valore di giustizia distributiva dell'efficienza nei rapporti economici. Anche qui c'è insomma un conflitto fra opposti "interessi alla parità di trattamento", presumibilmente risolto, peraltro in conformità al disposto dello stesso art.226, preferendo la classificazione meno turbativa del regolare funzionamento del mercato comune: non dare esplicitamente risalto

a questo aspetto significa tuttavia occultare la possibilità che si offriva ai soggetti sacrificati, vale a dire agli operatori economici italiani, di ottenere l'invalidazione della decisione per irrazionalità, allegando ad esempio l'esistenza di alternative di normazione parimenti efficaci in vista del fine perseguito ma meno onerose per il loro interesse a non subire distorsioni ingiustificate nei rapporti di concorrenza. Simili critiche possono muoversi alla sentenza in causa 166/78 nella quale un regolamento che istituiva un premio alla produzione a vantaggio di un bene, per ovviare alle difficoltà ad esso causate dalla maggiore competitività di un altro bene concorrente sullo stesso mercato, viene dichiarato compatibile con il divieto di discriminazioni fra produttori di cui all'art.40,3,2, in base anche qui alla tradizionale argomentazione che non c'è alcuna arbitrarietà nel trattamento differenziato di situazioni diverse, quali vengono considerate quelle delle due categorie di operatori economici rispetto al fine perseguito di preservare la redditività del settore in crisi, in ragione, si dice, della sua importanza per l'equilibrio economico-sociale di talune regioni agricole della Comunità (350). Ed infatti, certo diversa sotto tale profilo, la situazione di tali soggetti appare invece identica qualora la si consideri alla luce del principio, anch'esso tutelato come fondamentale in diritto comunitario, dell'eguaglianza degli operatori economici quale preconditione per l'allocazione efficiente delle risorse nel mercato comune:

principio questo che porterebbe a qualificare senz'altro come discriminatorio un aiuto quale quello in esame volto ad impedire un livellamento verso il basso dei prezzi effetto della dinamica concorrenziale, e che si deve quindi ritenere sia qui fatto oggetto di deroga, in vista di superiori interessi di redistribuzione per fini equitativi del prodotto sociale o di "razionalizzazione" del sistema economico nel lungo periodo. Il che significa che pur senza contestare la giustezza dello scopo perseguito e della gerarchia fra i valori di giustizia distributiva che esso esprime, e cioè pur ammettendo in astratto la derogabilità del proprio interesse, i produttori danneggiati da misure del genere ben potrebbero agire innanzi alla Corte di giustizia sfidando come ingiustificatamente discriminatorio il trattamento deteriore di cui sono oggetto attraverso la prova della sua inidoneità a conseguire gli obbiettivi enunciati, oppure della possibilità di giungere ai medesimi risultati attraverso provvedimenti meno lesivi del gioco concorrenziale, oppure ancora della palese sproporzione nel rapporto fra benefici ottenuti ed oneri imposti; e cioè, di nuovo, invocando quel controllo di razionalità la cui opportunità e legittimità, poco evidente quando la Corte ricorre a motivazioni parziali come quelle qui citate, appare invece chiara qualora si espliciti la natura derogatoria, rispetto al principio di eguaglianza, della classificazione oggetto di scrutinio.

3.1.1. interessi comunitari.

Nella prima giurisprudenza della Corte del Lussemburgo si riscontra l'affermazione secondo la quale, essendo le istituzioni strettamente vincolate all'applicazione dei trattati, nel diritto delle Comunità Europee non sarebbero concepibili deroghe quali quelle che negli ordinamenti statali consentono agli organi pubblici di agire al di fuori della legalità ordinaria, ad esempio per la salvaguardia dell' "interesse generale" (351). La prassi tuttavia si è successivamente orientata in senso diverso, ammettendo l'esistenza di eccezioni al diritto comune in nome di interessi propri delle Comunità, sia in base ad espresse disposizioni in tal senso di legislazione secondaria (352), sia mediante interpretazioni analogiche delle norme dei trattati che stabiliscono deroghe nell'interesse degli Stati membri (353), sia, più semplicemente, attraverso l'applicazione di principi non scritti di elaborazione giudiziale. Rinviano alla precedente analisi in merito ai valori comunitari di giustizia distributiva per quanto riguarda la particolare ipotesi di discriminazioni giustificate perchè funzionali all'attuazione di altri profili della nozione materiale di eguaglianza, cercheremo in questa sede di definire, sia pure tentativamente, gli (altri) interessi comunitari che possono consentire deroghe (in senso stretto) al principio di

eguaglianza ed alle allocazioni di vantaggi e svantaggi che normalmente questo impone come dovute.

#### 3.1.1.1. l'efficienza amministrativa

La Corte sembra ammettere che la necessità di una gestione "efficiente" o "razionale" della cosa pubblica (comunitaria) possa essere richiamata dalle istituzioni per legittimare il ricorso a classificazioni normative in sé discriminatorie. In Wagner, ad esempio, la concessione di un rimborso delle spese di magazzinaggio solo allo zucchero in corso di trasporto fra due magazzini situati all'interno di uno stesso Stato membro e non anche allo zucchero oggetto di scambi transfrontalieri, pur concretando senz'altro una lesione del divieto di discriminazione fra operatori economici, viene dichiarata legittima in considerazione delle spese amministrative sproporzionate che l'estensione del beneficio comporterebbe (354): naturalmente le istituzioni ben potrebbero, nell'esercizio della loro discrezionalità normativa, decidere di sostenere tali costi evitando le distorsioni della concorrenza che conseguono ad una limitazione dell'ambito di applicazione di tale misura, ma una scelta in senso contrario, appunto per le indicate ragioni, non sarebbe passibile di censura da parte del giudice comunitario dell'eguaglianza. Allo stesso modo il ricorso a generalizzazioni

o stereotipi, e cioè quel mancato adeguamento della norma alle specifiche caratteristiche distintive dei suoi destinatari verosimile fonte di discriminazioni (355), viene ammesso, pur nella consapevolezza che può condurre ad ingiustificate disparità di trattamento, qualora motivabile con "inderogabili esigenze di realizzazione pratica" che impongano il ricorso appunto a "valutazioni globali" (356): anche qui, un diverso modo di procedere che tendesse a dare piena garanzia al principio della eguaglianza dei consociati sarebbe possibile, ma non dovuto, a causa degli eccessivi costi che comporterebbe per l'ente normatore (357). Naturalmente i margini di ricorribilità a questa deroga varieranno da caso a caso, a seconda degli interessi coinvolti e del loro peso relativo: così, mentre si esclude che mere "difficoltà di ordine pratico" possano comunque giustificare l'imposizione di oneri che siano "manifestamente ineguali" (358), si attribuisce invece notevole importanza per la valutazione dell'operato delle istituzioni alla esistenza o meno di situazioni di urgenza rispetto alle quali è ovviamente più plausibile che trovi giustificazione la sommarietà del provvedimento (359).

### 3.1.1.2. l'indirizzo politico

Nell'esercitare la funzione che, con terminologia giuspubblicista, potremmo definire di indirizzo politico, le istituzioni non solo esprimono valutazioni eminentemente discrezionali rispetto alle quali, come si dirà studiando la "profondità" del giudizio, appare dovuto un atteggiamento giudiziale di astensione, ma perseguono anche interessi che possono porsi in conflitto con i valori di giustizia distributiva normalmente tutelati dall'ordinamento, e prevalere su di questi in ragione appunto della loro natura di interessi di "alta politica". Può qui ricordarsi la giurisprudenza sull'applicabilità della garanzia dell'eguaglianza agli atti della politica commerciale comune, vale a dire le sentenze Balkan II, Faust ed Edeka sulle quali ci si è a lungo soffermati in precedenza (360). Secondo la ricostruzione datane in quella sede, la legittimità di provvedimenti che sottopongono a trattamento differenziato determinati beni in base alla loro provenienza da Stati terzi diversi causando una discriminazione indiretta dei loro importatori comunitari va infatti derivata, al di là di quanto una lettura superficiale delle motivazioni della Corte potrebbe far ritenere, dalla circostanza che esiste una precisa scelta del Consiglio di mantenere nei confronti di tali Stati una diversa linea di politica commerciale, o estera tout court: scelta che appunto, oltre a poter essere sottoposta a sindacato giudiziale solo entro particolari limiti, consente anche di

giustificare deroghe al principio di eguaglianza in ragione della superiorità dell'interesse attraverso di essa tutelato.

### 3.1.1.3. la progressività dell'integrazione

Si è già ricordato come varie norme dei trattati, e la giurisprudenza, (361) individuino nella "progressività" o "gradualità" una vera e propria regola aurea del processo integrativo. Quale espressione della nozione materiale di eguaglianza, questa regola risulta strumentale alla legittimazione di atti o comportamenti normativi limitativi della dinamica spontanea del mercato ma finalizzati ad evitare le inefficienze di lungo periodo conseguenti ai traumi di una integrazione troppo rapida, oppure a redistribuire fra gli Stati membri il reddito prodotto nel nome del valore della solidarietà intracomunitaria (362). Per il modo generale ed onnicomprensivo in cui viene di solito enunciata, ci sembra però che essa possa svolgere anche una funzione diversa, e precisamente che possa essere invocata per giustificare deroghe ai divieti comunitari di discriminazione allorchè, per le più varie ragioni di convenienza politica o amministrativa, le istituzioni ritengano necessaria o opportuna una attuazione graduale degli obbiettivi istituzionali delle Comunità. E' chiaro, comunque, che anche in questo caso l'ammissibilità della deroga dipenderà da una valutazione

comparativa degli interessi in gioco, di quelli tutelati e di quelli (di giustizia distributiva) sacrificati.

#### 3.1.1.4. il governo della congiuntura economica

Rispetto ai settori dell'attività economica la cui disciplina sia di esclusiva competenza comunitaria (dunque, essenzialmente, le organizzazioni comuni dei mercati agricoli) le istituzioni godono di ampi poteri di intervento al fine di correggere o attenuare gli effetti negativi delle fluttuazioni cicliche, o, più in generale, per fronteggiare situazioni eccezionali di crisi (363), attraverso l'adozione per lo più di misure di breve o medio termine derogatorie dei principi e delle norme di diritto comune ordinariamente vigenti. Certo, questi poteri vengono riconosciuti alle istituzioni soprattutto per garantire che i rapporti economici si evolvano coerentemente con obiettivi di "razionalizzazione" del sistema economico complessivo e di equità sociale, coerentemente cioè con fondamentali profili della nozione materiale di eguaglianza, ma ciò non esclude che attraverso quello che, in senso ovviamente lato e atecnico, si può definire il governo di fenomeni economici congiunturali, possa anche passare la tutela di altri interessi, "esterni" all'eguaglianza comunitaria, che pure impongano, in

quelle particolari circostanze, il ricorso a classificazioni normative altrimenti sanzionabili come discriminatorie.

### 3.1.2. interessi degli Stati membri.

Come si osservava inizialmente, la maggior parte delle deroghe oggetto nei trattati di espressa previsione normativa riguarda interessi degli Stati membri. Ai fini del nostro studio non interessa una indagine dettagliata sul contenuto di ciascuna di esse, potendosi fare rinvio all'ampia e accurata letteratura già esistente sul tema: in questa sede basterà darne una sintetica descrizione, utile a chiarire il rilievo che esse assumono nella prassi del giudizio comunitario di eguaglianza.

#### 3.1.2.1. interessi macroeconomici

L'ordinamento comunitario si muove sulla fondamentale ipotesi politica che il progresso economico dell'insieme delle nazioni impegnate nel processo integrativo, dunque il conseguimento di condizioni di pieno impiego, stabilità e sviluppo nell'economia della Comunità unitariamente considerata, costituirà un'effetto quasi necessario dell'attuazione dei propri obiettivi istituzionali, vale a dire dell'instaurazione del

mercato comune ed del graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri.

Ciò spiega la riluttanza ad ammettere che dopo la fine del periodo transitorio (364) interessi legati al governo della propria economia possano essere richiamati da uno Stato membro per giustificare deroghe agli obblighi di diritto comunitario su di esso incumbenti, giustamente presumendosi che la tutela di tali interessi con strumenti diversi da quelli ordinariamente previsti dai trattati si traduca in pratiche del tutto inconciliabili, - salve circostanze eccezionali, con la logica stessa di un sistema economico integrato e con i più essenziali valori (antiprotezionismo, solidarismo) cui questo verosimilmente si ispira. Le uniche deroghe di questo tipo oggetto di espressa previsione normativa nel Trattato di Roma risultano perciò essere le "misure di salvaguardia" che per fronteggiare gravi situazioni di crisi interna vengono consentite nell'ambito delle discipline sul coordinamento delle politiche congiunturali e monetarie degli Stati membri e sulla politica commerciale comune, e precisamente: dall'art.103, che facoltizzando il Consiglio ad intervenire per risolvere problemi congiunturali, in particolare nel caso di difficoltà sopravvenute nell'approvvigionamento di determinati prodotti (365), permette anche l'adozione di provvedimenti speciali, per lo più di sospensione dell'unione doganale, a vantaggio dello Stato in crisi; dall'art.107, ai sensi del quale qualora uno Stato membro procede a modificazioni del suo tasso di

cambio non rispondenti agli obiettivi di stabilizzazione legittimati dal Trattato e causa di gravi alterazioni delle condizioni di concorrenza, la Commissione può autorizzare gli altri Stati membri ad adottare le misure (derogatorie, soprattutto dei principi in materia di libera circolazione delle merci) necessarie ad ovviare alle conseguenze negative di tale comportamento; dagli artt.108 e 109, che in caso di difficoltà o di grave minaccia di difficoltà nella bilancia dei pagamenti di uno Stato membro prevedono varie forme di intervento del Consiglio e della Commissione, e, fra queste, l'autorizzazione ad adottare misure d'emergenza in deroga al diritto comune; dall'art.115, che consente che gli Stati membri ricorrano, sempre su autorizzazione della Commissione, a "misure di protezione" allorchè l'attuazione della politica commerciale comune provochi "deviazioni di traffico" (366) o difficoltà economiche (367).

D'altro canto, a conferma del loro carattere di particolare eccezionalità, queste deroghe non soltanto restano sottoposte al regime accentuatamente restrittivo che, come si vedrà fra breve, si applica a tutti i casi di sospensione dell'efficacia del diritto comune, ma, ciò che più rileva, costituiscono le uniche ipotesi in cui la soddisfazione di interessi economici degli Stati membri può legittimamente realizzarsi attraverso atti e comportamenti normativi in contrasto con le norme comunitarie ordinariamente vigenti: il che vuol dire che, al di fuori delle indicate situazioni di crisi, la

promozione dei livelli occupazionali, il rilancio degli investimenti, la stabilizzazione dei prezzi, il pareggio dei conti con l'estero, e qualsiasi altro obiettivo di politica (macro)economica, in linea di principio non potranno essere fatti valere come causa di giustificazione per classificazioni normative in sè discriminatorie, ad esempio per disparità di trattamento in base alla nazionalità ostative della instaurazione e del corretto funzionamento del mercato comune (368).

3.1.2.2. esigenze imperative nel governo della comunità nazionale

Con questa formula, parafrasando la nota dottrina enunciata dalla Corte in Cassis de Dijon e di cui si dirà qui di seguito, indichiamo l'insieme di interessi che gli Stati membri possono ritenere irrinunciabili per l'esercizio delle funzioni di governo delle proprie comunità, ad esclusione di quelli di natura macroeconomica ai quali, per le ragioni indicate, l'ordinamento riserva il trattamento particolare appena illustrato. Varie disposizioni dei trattati ammettono che in caso di conflitto con norme e principi di diritto comunitario, e dunque anche con i valori di giustizia distributiva di cui questi sono espressione, a taluni di tali interessi, in determinate circostanze, debba essere data prevalenza. Per restare alle materie della libera

circolazione delle merci e delle persone, possono richiamarsi, rispettivamente, l'art.36 che, in deroga agli imperativi di cui agli artt.30 e 34, lascia impregiudicata la facoltà degli Stati membri di adottare misure restrittive degli scambi se giustificate da motivi di "moralità pubblica (369), di ordine pubblico (370), di pubblica sicurezza (371), di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali (372) o di preservazione dei vegetali (373), di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale (373), o di tutela della proprietà industriale e commerciale (374)" (375), e l'art.48, allorchè consente limitazioni alla libertà di movimento dei lavoratori salariati ed ai connessi divieti di discriminazione (376) per "motivi di ordine pubblico (377), pubblica sicurezza (378) e sanità pubblica (379)" (terzo comma), o rispetto agli "impieghi nella pubblica amministrazione (380)" (quarto comma); cui vanno poi aggiunte, nella misura in cui possano risultare rilevanti per tali materie, le disposizioni derogatorie di portata generale dell'art.90,2, per cui le norme del Trattato si applicano alle "imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale" solo nei limiti in cui esse non ostino "all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione" affidata a tali imprese (381); dell'art.223, ai sensi del quale nessuna norma del Trattato può essere utilizzata per costringere uno Stato membro a fornire informazioni la cui

divulgazione sia dallo stesso considerata contraria agli interessi essenziali della propria sicurezza, oppure per vietare allo Stato membro l'adozione delle misure che questo ritenga necessarie per la tutela di tali interessi in relazione alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico (382); dell'art.224 che indirettamente (383) legittima i provvedimenti che uno Stato membro può assumere nell'eventualità di gravi agitazioni interne che turbino l'ordine pubblico, oppure di guerra o di grave tensione internazionale che costituisca una minaccia di guerra, o per far fronte agli impegni da esso assunti ai fini del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale (384).

E' chiara la volontà del Trattato di Roma di contemplare attraverso questo "catalogo" di deroghe tutte le ipotesi nelle quali la disciplina da parte degli Stati membri di aspetti essenziali della vita di relazione della propria nazione renda assolutamente indispensabili eccezioni al diritto comunitario ordinariamente vigente. E' altrettanto chiara, tuttavia, l'incompletezza di tale previsione normativa, per ragioni quasi strutturali se deve valere il principio, ormai consolidatosi in giurisprudenza, secondo cui tutti i poteri degli Stati membri, su qualsiasi materia vengano esercitati, vanno considerati funzionalizzati al conseguimento degli obiettivi istituzionali delle Comunità: questo principio, infatti, comportando l'illiceità dal punto di vista comunitario di

qualsiasi atto o comportamento statale che incida negativamente, sia pure in modo indiretto, su quegli obbiettivi, per potersi legittimare in un contesto di integrazione "sovranaazionale" impone che alla limitazione indeterminata della sovranità degli Stati membri così prodotta corrisponda una parallela, ed altrettanto indeterminata, estensione delle possibilità di deroga a loro vantaggio allorchè entrano in gioco interessi connessi ad irrinunciabili prerogative di sovranità. Come risposta (pretoriana) a questa necessità va a nostro avviso intesa la dottrina Cassis de Dijon nella parte in cui la Corte, dopo aver allargato l'applicabilità dei divieti di restrizioni quantitative anche agli ostacoli alla circolazione delle merci derivanti da disparità nelle legislazioni commerciali nazionali, "riequilibra" la limitazione della autonomia sovrana degli Stati membri che ne consegue riconoscendo la legittimità di tali ostacoli qualora necessari per la soddisfazione di "esigenze imperative" quali quelle attinenti "in particolare, alla efficacia dei controlli fiscali (385), alla protezione della salute pubblica (386), alla lealtà dei negozi commerciali (387) ed alla difesa dei consumatori (388)" (389).

Se questa interpretazione del passo citato della nota sentenza è corretta, se ne possono derivare varie, importanti conseguenze. Innanzitutto, che l'approccio "creativo" così seguito dalla Corte, superando precedenti posizioni che subordinavano il riconoscimento di una deroga all'esistenza di

espresse disposizioni di diritto scritto (390), può e deve essere esteso anche ad altri settori di diritto materiale comunitario, tanto più quanto maggiormente estensiva è la lettura che la Corte da degli obblighi e doveri degli Stati membri derivabili da tali discipline: se è giusto, per esempio, sanzionare come lesiva dell'art.48 una qualsiasi misura statale che per quanto del tutto irrelata al trattamento del lavoro salariato abbia l'effetto di intralciare la mobilità di questo nel mercato comune, sarà altrettanto corretto, se non doveroso, consentire misure di tal genere quando, pur non potendo essere ricondotte all'eccezione dell' "ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica", esse risultino parimenti espressione di superiori e inderogabili interessi dello Stato membro. In secondo luogo, tale interpretazione spinge a ritenere che non debba esserci cesura fra deroghe previste nei trattati e deroghe di origine giurisprudenziale, la funzione di queste ultime essendo invece per l'appunto quella di integrare le prime rispetto a fattispecie da queste non considerate: per cui la questione, a lungo dibattuta (391), se la dottrina delle "esigenze imperative" enunciata in Cassis de Dijon possa valere non solo per le "indistinctly applicable measures" oggetto di quel caso (392) ma anche per provvedimenti che differenziano in ragione della "nazionalità" (dell'origine o della destinazione) dei beni (393), così ampliando le possibilità di deroga agli artt.30 e 34 rispetto a quanto disposto dall'art.36 (394), deve trovare

secondo noi risposta positiva, giacchè sono senz'altro configurabili ipotesi in cui la soddisfazione di una di tali esigenze comporti, quale unico strumento normativo a tal fine efficace, il ricorso a classificazioni di tal genere, e non si vede perchè in questo caso l'interesse dello Stato, altrimenti riconosciuto prevalente su quello comunitario confligente, non debba trovare parimenti garanzia. In terzo luogo, l'interpretazione qui proposta consente di escludere che le specificazioni delle "esigenze imperative" realizzate dalla Corte in casi concreti debbano considerarsi tassative: ed infatti la prassi in materia di circolazione delle merci mostra come la Corte, posta di fronte alle peculiarità di fattispecie diverse, non abbia esitato ad estendere, rispetto alla elencazione datane originariamente in Cassis, il catalogo degli interessi statali "privilegiati", includendovi ad esempio quello al miglioramento delle condizioni di lavoro di particolari categorie di lavoratori (395).

Ci si può chiedere quand'è che esigenze degli Stati membri nel governo delle proprie comunità nazionali possano essere qualificate come imperative, e perciò legittimate a prevalere sulle divergenti esigenze del processo integrativo. La deferenza che è giusto l'ordinamento presti nei confronti delle valutazioni che ciascuno Stato, nella propria sovrana autonomia, potrà fare sul punto (tanto in astratto, ai fini dell'affermazione pretoriana di una nuova categoria di deroghe,

quanto in concreto, ai fini della loro rivendicabilità in una determinata fattispecie) non dovrà considerarsi mai come una deferenza assoluta, restando sempre ferma la possibilità di un controllo giudiziale sia per accertare l'esistenza dei requisiti sostanziali che il diritto positivo comunitario frequentemente pone come limite per la derogabilità dei propri principi, sia, più in generale e comunque, per verificare la proporzionalità fra i vantaggi goduti dallo Stato che fruisce dell'eccezione ed i sacrifici così prodottisi degli interessi delle Comunità. Come vedremo fra breve illustrando il regime normativo delle deroghe, forme ed esiti di tale controllo varieranno da caso a caso, a seconda degli interessi materiali in gioco e della loro importanza relativa, per Stati membri e Comunità; ciò non toglie, tuttavia, che possano individuarsi alcuni fattori che potranno orientare il giudizio della Corte sulla "imperatività" dell'interesse invocato. Pensiamo al caso Oebel (396), nel quale, nel riconoscere in alcuni provvedimenti restrittivi adottati a protezione della salute dei panificatori "una legittima scelta di politica economica e sociale", i giudici del Lussemburgo mostrano di dare particolare rilievo a dati quali la conformità di tale scelta con "obbiettivi di interesse generale perseguiti dal Trattato" e con "valori riconosciuti dal sistema giuridico comunitario" (397), la presenza di simili discipline negli ordinamenti di vari altri Stati membri o di Stati terzi (398), la esistenza di normative equivalenti in convenzioni internazionali:

si tratterà, comunque, di meri indizi, non risolutivi della valutazione giudiziale che potrà ben concludere nel senso della irrinunciabilità o meno dell'interesse statale anche indipendentemente da qualsiasi accertamento sotto tali profili.

Per l'analisi del contenuto specifico di ciascuna delle deroghe richiamate si è già fatto rinvio alla letteratura di commento, ed alla più importante giurisprudenza sviluppatasi relativamente alla loro interpretazione. In questa sede vorremmo tuttavia soffermarci brevemente su due aspetti della prassi in materia, criticabili per motivi in un certo senso opposti, a dimostrazione della "razionalizzazione" che anche rispetto al rapporto principi - deroghe il modello teorico del "giudizio comunitario di eguaglianza" qui proposto consente. La prima osservazione riguarda le eccezioni ai divieti di restrizioni quantitative alle importazioni ed esportazioni ammesse in vista della "tutela della proprietà industriale e commerciale", della "difesa dei consumatori", della "lealtà dei negozi commerciali". A nostro avviso, infatti, provvedimenti assunti per la soddisfazione di tali esigenze non soltanto non confliggono con l'obiettivo della instaurazione di un mercato unico degli scambi controllato dalle regole della efficienza liberoconcorrenziale, cui è strumentale la affermazione della libertà di circolazione delle merci, ma anzi ne costituiscono un necessario presupposto, garantendo che sotto vari profili (remunerazione della capacità imprenditoriale, massimizzazione della funzione di utilità dei

consumatori, remunerazione delle innovazioni tecnologiche e delle opere dell'ingegno in genere, e così via) l'allocazione delle risorse avvenga secondo criteri di razionalità economica, e cioè in base ad un corretto funzionamento delle regole della domanda e dell'offerta in un sistema competitivo che premia i rendimenti crescenti. Da questa precisazione (in tanto possibile in quanto si risalga dagli specifici divieti di discriminazione, quale appunto quello fra scambi interni e scambi intracomunitari, ai valori di giustizia distributiva attraverso di essi tutelati) risulta allora che classificazioni normative poste in essere a tali fini, quand'anche svantaggiose per i soli beni di origine o destinazione straniera, non dovrebbero essere ammesse in deroga, come tradizionalmente avviene, ma andrebbero piuttosto considerate "ragionevoli" e cioè coerenti con la nozione materiale di eguaglianza protetta: con il rilevante effetto che la loro liceità verrebbe così accertata in base ad un diverso procedimento argomentativo, e che l'atto o comportamento scrutinato verrebbe sottoposto ad un regime normativo sotto vari profili distinto.

La seconda critica riguarda le deroghe ammesse alla libera circolazione delle persone per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica, o in relazione ad impieghi nella pubblica amministrazione, e mostra come una considerazione complessiva del significato del principio comunitario di eguaglianza permetta di cogliere vere e proprie antinomie

dell'ordinamento: nella specie, quella di prevedere un'eccezione al diritto comune a tutela di interessi e valori non solo diversi da (e confliggenti con) quelli del processo integrativo, ma addirittura opposti a questi, e cioè "ripugnanti", per così dire, la stessa ideologia dell'integrazione. Chiamoci. Si è già visto come in giurisprudenza prevalga la tendenza, a nostro avviso errata, a risolvere il contenuto dispositivo dell'art.48 nel semplice obbligo per gli Stati membri di estendere ai migranti comunitari lo stesso trattamento riservato ai lavoratori cittadini. Conseguenza necessaria di tale approccio è che le deroghe che tale norma prevede alla propria operatività valgono unicamente per legittimare misure onerose indirizzate ai soli lavoratori stranieri, giacché misure di ostacolo alla mobilità del lavoro salariato ma applicabili senza distinzioni fondate sulla nazionalità dovranno ritenersi, appunto in coerenza con tale interpretazione, di per sé compatibili con il diritto comunitario ordinariamente vigente. Ed infatti, come notavamo in un altro lavoro (399), non è un caso che le riserve di cui al terzo e quarto comma dell'art.48 siano state fondamento per provvedimenti di rifiuto all'ingresso nel territorio nazionale, di diniego del rinnovo del permesso di soggiorno, di espulsione, di limitazioni nell'accesso ad attività lavorative connesse con l'esercizio della funzione pubblica, e cioè per restrizioni il cui tratto comune è appunto quello di non poter essere assunte, in virtù di norme di diritto internazionale pubblico, o di

diritto costituzionale interno, o per consuetudine, da parte di uno Stato nei confronti dei propri cittadini (400). Ma, ecco il punto, per quale ragione perseguire gli interessi alla sicurezza interna, alla salute della popolazione residente, alla "devozione e lealtà" dei pubblici impiegati, riservando agli stranieri un trattamento diverso da quello attraverso il quale i medesimi interessi vengono tutelati in situazioni e rapporti coinvolgenti cittadini dello Stato? L'unica risposta possibile è che qui ci si trova di fronte ad un residuo di quell'atteggiamento di "ostilità" o di "sospetto" preconcreti nei confronti di qualsiasi soggetto appartenente a comunità nazionali diverse dalla propria che, soprattutto nello Stato nazionalista ottocentesco, aveva ispirato e giustificato l'attribuzione allo straniero di uno "statuto" deteriore rispetto a quello garantito al cittadino (401). Un atteggiamento questo che, criticabile in generale, appare difficilmente concepibile in un sistema come quello comunitario finalizzato ad una "unione sempre più stretta fra i popoli" perchè in stridente contrasto con la logica stessa di tale unione. Per intenderci, l'art.36 ad esempio consente che l'interesse comunitario alla eliminazione delle barriere alla libertà degli scambi venga sacrificato in nome di altri, diversi interessi degli Stati membri riconosciuti come superiori, ma al tempo stesso, vietando qualsiasi "restrizione dissimulata al commercio fra gli Stati membri", esclude a priori che interessi di natura meramente protezionistica possano trovare in tal modo

surrettiziamente tutela, e questo a ragione giacchè interessi di tal genere rappresentano la negazione stessa del fondamentale valore comunitario dell'efficienza, il "male" che la creazione del mercato comune mira a sanare. Lo stesso non accade invece nella materia della libera circolazione del lavoro salariato ove, se la ricostruzione qui proposta è corretta, si finisce con l'ammettere in deroga classificazioni normative espressione appunto di una ideologia obbiettivamente antitetica a quella che ispira i trattati istitutivi delle Comunità. Il che spiega il tentativo della Corte di ridurre la portata di questa contraddizione interna all'ordinamento sottoponendo ad una interpretazione più restrittiva di quella usualmente riservata alle deroghe, i requisiti sostanziali per la invocabilità di tali eccezioni, ad esempio presumendo l'assenza di quella "minaccia effettiva ed abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività" necessaria per giustificare misure di ordine pubblico (402) nel caso di comportamenti che se posti in essere da cittadini non siano perseguiti attraverso misure equivalenti (403) o che rappresentino il legittimo esercizio di diritti comunitariamente protetti (404), o ancora escludendola del tutto qualora lo Stato reagisca a semplici infrazioni delle normative interne relative al controllo del movimento sul territorio degli stranieri (405). Naturalmente con ciò non si vuole negare che le clausole derogatorie dell'art.48 potrebbero inserirsi armonicamente nel sistema giuridico

comunitario per legittimare altri tipi di classificazioni, ad esempio restrizioni alla mobilità dei lavoratori subordinati assunte per la tutela di un "ordre public non discriminatoire unique pour le national et l'etranger" (406): ma, come si diceva, questa diversa interpretazione delle deroghe presupporrebbe una diversa interpretazione dei principi derogati, e cioè quell'autonoma valorizzazione dell'interesse alla libera circolazione delle persone, distinto dall'obbligo del trattamento nazionale, quale parametro di valutazione nell'ambito del giudizio comunitario di eguaglianza che non sembra invece trovare spazio nella presente prassi giurisprudenziale (407).

### 3.2. il regime giuridico.

Classificazioni normative lesive dei valori di giustizia distributiva tutelati dall'ordinamento, dunque discriminatorie, ma lecite perchè riconducibili ad una delle deroghe che l'ordinamento stesso ammette al principio di eguaglianza, vengono perciò stesso sottoposte ad un regime giuridico particolare. La regola aurea cui questo regime si ispira è quella, consueta, per la quale di qualsiasi eccezione a principi fondamentali di legalità superiore è doveroso dare una interpretazione ed applicazione restrittive: esplicita in quelle disposizioni dei trattati che, nello stabilire "clausole di

salvaguardia", ne consentono l'invocabilità solo a fronte di interessi "essenziali" degli Stati membri o in caso di "stretta necessità" (408), questa regola è stata ritenuta dal legislatore comunitario o dalla Corte valida in generale per tutte le altre ipotesi di eccezioni all'ordinaria efficacia del diritto comune (409).

Oltre a servire come criterio ermeneutico nei casi concreti, questa regola spiega l'esistenza, a monte, di un vero e proprio "inquadramento comunitario" per la maggior parte delle deroghe, e cioè della previsione tanto di limiti sostanziali, presupposti di diritto e di fatto alla cui esistenza è subordinata la loro operatività, quanto di garanzie procedurali, vale a dire momenti di controllo da parte della Commissione, delle autorità amministrative o giudiziarie nazionali, e comunque in ultima istanza della Corte di giustizia, attraverso i quali tali limiti possono essere fatti valere a protezione degli interessi che l'atto o comportamento derogatorio altrimenti sacrificerebbe (410).

Discipline di questo genere risultano poste soprattutto in riferimento a quelle che, per i motivi già ricordati, rappresentano le più tipiche e frequenti deroghe di diritto comunitario, e cioè le deroghe a tutela di interessi degli Stati membri; ciò non esclude, tuttavia, che da esse possano essere astratti principi di portata generale, applicabili, mutatis mutandis, anche alle deroghe previste a tutela di interessi

"propri", per così dire, delle Comunità, ed in particolare alla specifica ipotesi più su enfatizzata in cui la lesione di un profilo della nozione materiale di eguaglianza costituisca l'effetto necessario della attuazione della parità di trattamento dei consociati sotto altri profili.

Per quanto riguarda la definizione dei limiti sostanziali, l'ordinamento può innanzitutto intervenire sul se della deroga, specificando cioè le condizioni alle quali l'interesse tutelato, di solito individuato con formulazioni vaghe e generiche, può ritenersi effettivamente esistente, e comunque degno di prevalere sui confliggenti interessi protetti dal diritto comune. Ciò può realizzarsi, in primo luogo, attraverso l'affermazione di una nozione comunitaria dell'interesse medesimo: così va intesa, ad esempio, l'ormai consolidata giurisprudenza (411) che, escludendo l'applicabilità della disposizione dell'art.36 sulla legittimità di restrizioni agli scambi a garanzia della proprietà industriale o commerciale quando essa appare invocata per la tutela di diritti che non costituiscono l' "oggetto specifico" di tale proprietà (412), si è in pratica tradotta nella enucleazione appunto di quelli che, secondo il diritto comunitario e nell'ambito di rilevanza di questo, vanno considerati funzione e contenuto tipici di istituti quali il marchio, il brevetto, il copyright (413); e nella stessa prospettiva, rispetto alla parallela deroga relativa alla "difesa dei consumatori", la Corte ha considerato assolutamente

irrilevanti eventuali "pregiudizi" di questi in merito alla qualità dei prodotti, per quanto radicati in consuetudini locali o in tradizioni nazionali, dimostrando così di rifarsi ad una nozione comunitaria di "consumerism" (e precisamente, ad una nozione orientata a sanzionare soltanto le frodi attinenti a caratteristiche che effettivamente differenziano i prodotti fra di loro) (414). Più spesso, tuttavia, soprattutto quando entrano in gioco interessi degli Stati membri espressione delle più essenziali funzioni di governo della comunità nazionale (415), come la tutela dell'ordine pubblico (416), della pubblica moralità (417), della salute e della vita umana (418), la Corte riconosce che lo Stato invocante la deroga gode di ampia discrezionalità nel definire secondo la propria scala di valori il contenuto dell'interesse protetto, anche se poi ne controlla l'operato sotto altri profili, attraverso le diverse limitazioni di cui si dirà fra breve. In qualsiasi caso varrà comunque il principio generale, più volte ribadito dalla Corte, per cui nessuna deroga è azionabile quando la materia cui essa attiene risulta disciplinata da norme comuni, non potendosi ad esempio adottare provvedimenti unilaterali di polizia sanitaria quando attraverso una direttiva la Commissione abbia dato vita ad un sistema comunitario uniforme finalizzato alla soddisfazione di tali esigenze per mezzo di criteri e standards comuni (419), nè invocare l'art.103 per giustificare misure di politica congiunturale che riguardino prodotti agricoli già sottoposti ad

una organizzazione comune di mercato (420): per effetto di un fenomeno di "assorbimento" di competenze statali da parte delle Comunità, può infatti ritenersi che qui operi una presunzione assoluta secondo la quale è da escludersi a priori la sopravvivenza di un qualsivoglia interesse dello Stato membro meritevole di tutela ogni volta che l'ordinamento comunitario sia intervenuto facendosi carico mediante proprie norme della sua garanzia.

Più frequente è invece che l'ordinamento intervenga nella valutazione dell'an della deroga per così dire "dall'esterno", lasciando cioè all'ente titolare dell'interesse protetto in via di eccezione di definirne liberamente il contenuto in relazione alle proprie esigenze, ma al tempo stesso negando che, in determinate circostanze, questo sia sufficiente a legittimare il sacrificio di altri interessi, fondamentali ai fini del processo integrativo. Ciò può avvenire in due modi distinti, e cioè sia mediante la qualificazione di taluni interessi comunitari come assolutamente inderogabili, quale che sia l'importanza del confliggente interesse rivendicato in deroga, sia mediante la ponderazione degli interessi in gioco e l'affermazione della prevalenza dell'interesse tutelato dal diritto comune quando il valore delle lesioni che questo subirebbe in caso di attuazione dell'interesse derogatorio risulta eccessivo rispetto al valore dei benefici di cui quest'ultimo verrebbe a godere. Per la prima ipotesi può

ricordarsi l'art.90 che, dopo aver ammesso che le imprese incaricate dagli Stati membri della gestione di servizi d'interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale possono sfuggire all'applicazione delle norme del Trattato quando ciò risulta necessario per l'adempimento della loro missione, esclude tuttavia che la riserva così posta possa in alcun caso "(c)ompromettere lo sviluppo degli scambi in misura contraria agli interessi della Comunità"; oppure anche l'art.223 che, nel consentire misure di "salvaguardia politica" anche in riferimento alla produzione ed al commercio di armi, munizioni e materiale bellico, afferma altresì che queste "non devono alterare le condizioni di concorrenza nel mercato comune per quanto riguarda i prodotti che non siano destinati a fini specificamente militari". La seconda ipotesi trova invece a nostro avviso realizzazione in quelle varie sentenze nelle quali la Corte, dando attuazione alla ricordata massima (421) per cui il ricorso alla deroga dell'ordine pubblico è possibile solo in presenza di una minaccia effettiva ed abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività, accerta l'insussistenza di tale requisito in determinate fattispecie, ad esempio quando il provvedimento statale persegue finalità di prevenzione generale della criminalità (422), oppure rappresenta soltanto la reazione a quella diffusa e generica perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge (423), o ancora comporta la negazione di un diritto comunitario

come sanzione per la semplice violazione di formalità relative al suo esercizio (424): per quella che ci sembra esserne la più corretta interpretazione, in tutte queste pronuncie la Corte non mette in discussione la possibilità dell'esistenza di un reale interesse dello Stato membro alla conservazione della pace e sicurezza interna, ma piuttosto esclude (attraverso quelle che potrebbero considerarsi vere e proprie presunzioni juris et de jure) che questo interesse raggiunga la "soglia" di rilevanza necessaria per poter giustificatamente prevalere sull'opposto interesse comunitario alla libera circolazione delle persone (425). D'altro canto, se si accettano le considerazioni precedentemente svolte sugli effetti che il riconoscimento della "razionalità" quale valore di giustizia distributiva dovrebbe produrre sulla prassi del giudizio comunitario di eguaglianza, un sindacato di questo tipo da parte dei giudici di Lussemburgo dovrà ritenersi esercitabile in via generalizzata nei confronti di qualsiasi misura derogatoria, in attuazione di quel principio di proporzionalità (in senso stretto) che dovrebbe consentire comunque la censura dei "costi eccessivi" sofferti dall'integrazione comunitaria a causa dell'adozione di certe classificazioni normative, tanto più quando queste configurino eccezioni al diritto comune.

L'ordinamento può poi intervenire sul come della deroga, imponendo cioè la verifica dell'esistenza di nessi di "causalità" e "necessarietà" fra la misura eccezionale e

l'interesse alla cui soddisfazione essa è preposta: si tratta, anche qui, di una applicazione del "controllo di razionalità", un controllo che in questo caso potrà e dovrà essere particolarmente penetrante e rigoroso, quale che sia l'interesse invocato (426), considerato che attraverso di esso si impediscono soltanto lesioni obiettivamente inutili dei valori comunitari di giustizia distributiva. Ed infatti, in conformità con quanto lo stesso diritto positivo talora prevede (un obbligo di "razionalità" può individuarsi nel riferimento delle varie clausole di salvaguardia ai soli provvedimenti "necessari" a fronteggiare le situazioni di crisi, o nel divieto dell'art.36 a che le deroghe ivi ammesse si traducano in "discriminazioni arbitrarie"), la Corte non esita ad escludere la ricorribilità alle norme eccezionali del Trattato quando appaia evidente che la misura in questione non è realisticamente utile per la protezione dell'interesse garantito in deroga, come accade in Cassis de Dijon ove si nega che la tutela della salute pubblica dai pericoli dell'alcoolismo possa razionalmente svolgersi imponendo un contenuto alcoolico minimo ai liquori in commercio onde frenare la diffusione di bevande a gradazione moderata cui è più facile l'assuefazione (427); oppure quando siano individuabili alternative di normazione che, pur essendo parimenti efficaci rispetto al fine perseguito, producano minori danni (o nessun danno) per l'interesse comunitario sacrificato, com'è nel caso in cui divieti di commercializzazione per scopi di protezione dei

consumatori (428) o di garanzia del marchio d'origine (429) vengono sanzionati giacchè la stessa funzione può egualmente essere svolta con minori restrizioni degli scambi intracomunitari, attraverso il semplice ricorso ad apposite etichette informative (430).

Quanto alle garanzie procedurali che l'ordinamento può predisporre per un efficace controllo del rispetto degli indicati limiti sostanziali, queste sembrano variare a seconda della natura della deroga. Nel caso di misure eccezionali a tutela di interessi "macroeconomici" particolari di uno Stato membro, quanto mai perniciose, come già si notava, perchè presumibilmente in contrasto con la logica stessa di funzionamento di un "mercato comune", il Trattato prevede un rigido sistema di controlli preventivi (431), e solo in caso di estrema urgenza successivi (432), da parte delle istituzioni, per lo più la Commissione, cui spetta appunto il compito di autorizzare, o ratificare, l'assunzione di tali misure valutando in ciascun caso di specie la sussistenza dei necessari presupposti di diritto e di fatto, e precisandone il contenuto in modo da conciliarle nella maggior misura possibile con gli interessi del processo integrativo. Per le "misure di salvaguardia politica" di cui agli artt.223 e 224, l'art.225 facoltizza invece la Commissione o qualsiasi Stato membro a ricorrere direttamente alla Corte di giustizia, in deroga alla più complessa procedura ordinaria di cui agli artt.169 e 170, qualora ritengano che un altro Stato membro abbia

fatto un "uso abusivo" dei poteri speciali contemplati da tali norme. Per quanto poi riguarda le deroghe a tutela di altre "esigenze imperative" degli Stati membri, possono ricordarsi gli importanti "diritti processuali" che la direttiva n.64/221 (433) attribuisce al migrante comunitario destinatario di provvedimenti restrittivi della libertà di circolazione per ragioni di ordine pubblico, e cioè, in sintesi, da un lato il diritto a ricevere notifica del provvedimento in una con i motivi che ne giustificano l'adozione (434), dall'altro il diritto a godere dei rimedi di giustizia amministrativa ed ordinaria normalmente riconosciuti dall'ordinamento dello Stato membro ai propri cittadini contro atti equivalenti, e comunque di strumenti di ricorso attraverso i quali la legittimità del provvedimento possa essere valutata in punto di diritto e di fatto nelle forme di un "processo equo" (435). Previste dal legislatore comunitario per un'ipotesi di deroga comportante la negazione stessa di una delle libertà protette dal Trattato, ci si può chiedere se queste garanzie procedurali non esprimano principi che, con i dovuti adattamenti, possano essere fatti valere anche in altre fattispecie, specialmente ogni qual volta soggetti privati risultino colpiti da misure limitative delle situazioni di vantaggio ad essi riconosciute come fondamentali nel sistema giuridico comunitario: ad esempio, nel caso di divieti ad importare ed esportare ai sensi dell'art.36, oppure di

restrizioni nell'accesso ai posti di pubblico impiego in base alla riserva di cui all'art.48,4 (436).

Naturalmente in ogni caso, e, per quanto compatibile, anche quando la garanzia risulta "rinforzata" nei modi che si sono descritti, il rispetto dei requisiti sostanziali che l'ordinamento comunitario pone per la derogabilità alle proprie norme e principi verrà comunque assicurato dalla Corte di giustizia e dalle magistrature nazionali attraverso l'ordinario esercizio della funzione giurisdizionale che, nell'ambito delle rispettive competenze, tali organi svolgono a tutela della corretta interpretazione ed applicazione del diritto delle Comunità Europee.



VI. LA STRUTTURA DEL GIUDIZIO.

Si è già notato come il giudizio di eguaglianza presenti una propria "struttura".

Ciò significa, innanzitutto, che possono individuarsi luoghi tipici del procedimento logico-argomentativo attraverso il quale viene verificata la discriminatorietà o meno degli atti o comportamenti normativi, quali l'accertamento e la valutazione del fine perseguito, della classificazione soggettiva adottata, del comando imposto e della relazione intercorrente tra tali elementi. Spesso indistinguibili nelle motivazioni dell'organo giudicante, questi diversi livelli di analisi della norma meritano di essere isolati e fatti oggetto di studio specifico, e ciò non solo perchè in tal modo si coglie meglio la logica della garanzia giudiziale dell'eguaglianza, ma anche e soprattutto per l'incidenza che la diversa soluzione data, talora inconsapevolmente o comunque tacitamente, a problemi attinenti alla qualificazione di tali elementi può avere sugli esiti stessi dello scrutinio.

Parlando di struttura del giudizio ci si riferisce poi anche al fatto che la particolare natura del principio giuridico tutelato - il principio di legalità superiore che affermando

l'eguaglianza dei consociati di fronte alla legge impone la sanzione di qualsiasi classificazione normativa "irragionevole" o "irrazionale" - può riflettersi sulla organizzazione del processo, imponendo forme di garanzia giurisdizionale "differenziata", modellate sulle specifiche esigenze delle situazioni di vantaggio protette.

Questi aspetti sono stati sinteticamente considerati nel capitolo iniziale relativo al giudizio di eguaglianza in generale; si tratta adesso di vedere come essi si presentano nella esperienza dell'ordinamento comunitario.

1. Il modello analitico.

1.1. il fine.

Come risulta chiaramente dalle osservazioni sviluppate nelle precedenti pagine, il fine dell'atto o comportamento normativo sottoposto a valutazione rappresenta un elemento essenziale nello svolgimento complessivo del giudizio comunitario di eguaglianza, tanto in punto di "controllo di razionalità", quale tertium comparationis nella verifica di identità o diversità delle fattispecie oggetto di comparazione, quanto in punto di "controllo di ragionevolezza", qualora, risultando in

sè discriminatorio, costituisca prova, o principio di prova, di una lesione dei valori di giustizia distributiva tutelati: di qui la rilevanza di una indagine sul fine perseguito, sotto i tre distinti profili della sua esistenza, della sua esplicitazione, della sua legittimità.

Va subito detto che il concetto di fine della norma (o dell'ente normatore) trova diffusa ed espressa elaborazione da parte della Corte di giustizia specialmente nell'ambito di procedimenti promossi contro atti delle istituzioni per incompetenza o, soprattutto, per sviamento di potere, dunque rispetto all'accertamento di vizi di legittimità del tutto diversi da quello di "violazione di legge" in cui si traduce l'infrazione del principio di eguaglianza (1); ciò non toglie tuttavia che, con le dovute cautele, le statuizioni contenute in tale giurisprudenza possano valere anche per quanto ci interessa in questa sede.

La necessità della esistenza nell'atto o comportamento normativo di un fine quale condizione minima per la legittimazione delle classificazioni da esso prodotte, e l'utilità, se non doverosità, della sua esplicitazione si da rendere possibile un controllo sulla compatibilità delle ragioni della diversità (o parità) di trattamento con la nozione materiale di eguaglianza protetta dall'ordinamento, appaiono un ovvio corollario della adozione da parte della Corte comunitaria, correttamente, come si diceva, di un concetto "relazionale" di

eguaglianza giuridica (non discriminazione come trattamento eguale dell'eguale, diverso del diverso) e dell'analisi di tipo comparativo che essa comporta. Ciò può dedursi implicitamente da tutta la giurisprudenza sin qui richiamata. Per esemplificare, può ricordarsi il già menzionato caso Watson (2) relativo a misure statali di controllo del movimento degli stranieri sul territorio nazionale: conformemente alle osservazioni dello Stato membro interessato, è appunto sullo scopo perseguito che si incentra l'analisi della Corte per ammettere la compatibilità di tali misure con l'art.48, nonostante esse comportino una disciplina differenziata in base alla nazionalità limitativa della libera circolazione del lavoro salariato, così come è allo scopo che la Corte si rifa tra l'altro, secondo le indicazioni della Commissione, per definirne le condizioni di legittimità sotto il profilo della proporzionalità; e nelle sue conclusioni allo stesso caso l'Avv. Gen. Trabucchi espressamente afferma che "una restrizione senza obbiettiva giustificazione" è di per sé discriminatoria, principio che il riconoscimento dell'eguaglianza quale norma superiore consente di generalizzare nei confronti di qualsiasi classificazione normativa imponendone la censura ogni qual volta non sia possibile individuarne le finalità.

Va peraltro rilevato che l'esplicitazione del fine trova una garanzia indiretta, per quanto riguarda gli atti delle istituzioni, nell'art.190, facente obbligo a Consiglio e Commissione di motivare i provvedimenti vincolanti (regolamenti,

direttive, decisioni) assunti nell'espletamento delle loro funzioni. Questa disposizione, che estende anche ad atti di natura legislativa una formalità di solito prevista dagli ordinamenti interni per la legittimità degli atti amministrativi, si spiega con il fatto che, godendo di poteri limitati ad esse trasferiti dagli Stati membri in vista del conseguimento di un predefinito complesso di obiettivi, le Comunità possono sempre incorrere nel corso delle loro attività in vizi di incompetenza o eccesso di potere, al cui accertamento l'obbligo di motivazione risulta chiaramente strumentale; ciò non esclude, tuttavia, come la stessa Corte ha riconosciuto, che essa possa valere a consentire un più efficace esercizio del controllo comunitario di legittimità in generale ( e dunque anche rispetto alla tutela del principio di eguaglianza), offrendo l'opportunità alle parti colpite da un provvedimento di meglio difendere i propri diritti ed all'organo giudicante di svolgere con più efficacia il proprio sindacato sulle scelte (classificatorie) dell'ente normatore (3).

L'assenza, l'insufficienza o la contraddittorietà intrinseca delle motivazioni comportano com'è noto la invalidazione dell'atto per violazione di forme essenziali. Per soddisfare il requisito di cui all'art.190 secondo la Corte è in realtà sufficiente che, sia pure in modo sommario e sintetico o per rinvio ad altri atti, l'istituzione indichi i presupposti di fatto e di diritto su cui è fondata la propria decisione sì da rendere intelleggibile il procedimento logico seguito (4); da

quanto sin qui detto appare tuttavia evidente che sarà interesse di Consiglio e Commissione (ma il discorso può estendersi a qualsiasi altro ente le cui scelte normative siano sindacabili da parte del giudice comunitario), soprattutto quando entrino in rilievo "fattispecie tipiche di discriminatorietà", andare al di là di questo minimo e fornire le più ampie argomentazioni a sostegno della "razionalità" e "ragionevolezza" delle classificazioni introdotte, sì da prevenire censure in punto di eguaglianza (5).

Quanto all'aspetto della legittimità del fine, la considerazione che esso trova nel giudizio comunitario di eguaglianza risulta strettamente connessa alla posizione assunta dalla Corte relativamente ai vari problemi cui l'individuazione del concetto stesso di "fine di una norma" da origine. Problemi, questi, ai quali non si può pensare di dare una soluzione univoca attraverso il ricorso ai soli strumenti della dottrina giuridica giacchè, come osservato inizialmente, dipendendo da fattori variabili quali la nozione materiale di eguaglianza protetta e la profondità del relativo controllo giudiziale, essi ammettono più di una soluzione: gli ondeggiamenti che, come vedremo, caratterizzano la giurisprudenza in materia si spiegano appunto con una non chiara consapevolezza di questo nesso, e con la incapacità di cogliere la conseguente possibilità di un approccio più articolato e sofisticato.

La prima questione riguarda l'alternativa fra "intento soggettivo", e cioè volontà dell'ente fonte della norma quale deducibile da eventuali dichiarazioni contestuali, lavori preparatori, motivazioni introduttive e preamboli, ed "intento oggettivo", e cioè scopo attribuibile all'atto o comportamento normativo considerato nel suo contenuto obbiettivo e per i rapporti che è presumibile stabilisca con il sistema giuridico complessivo e con la realtà sociale: a quale dare risalto nell'analisi sul fine? Una risposta negativa è stata indirettamente data da quella dottrina che, occupandosi dell'esegesi dei divieti di cui all'art.7 del Trattato di Roma e all'art.4,b del Trattato di Parigi, ha quasi unanimemente escluso che in diritto comunitario l'accertamento di una discriminazione imponga l'indagine sulla "mens" dell'autore della classificazione normativa oggetto di scrutinio, e ciò soprattutto perchè in tal modo si avrebbe un ricorso fuori luogo ad una categoria, quale quella della "colpevolezza", che ha senso solo in vista della applicazione di sanzioni penali (6). La giurisprudenza da invece segnali contrastanti. Se, particolarmente nelle prime sentenze relative a ricorsi per sviamento di potere contro provvedimenti dell'Alta Autorità CECA, la Corte privilegia di frequente (anche se non sempre) l'analisi delle "intenzioni" dell'ente (7), altrove essa appare invece orientata in senso opposto: così in Cristini (8) (ma lo stesso approccio è seguito in generale nella valutazione ai sensi dell'art.51 delle disposizioni statali in

materia di sicurezza sociale (9)) viene implicitamente rigettata l'argomentazione del Governo interveniente tendente a giustificare l'esclusione dei lavoratori cittadini di altri Stati membri dal beneficio di certe riduzioni ferroviarie per famiglie numerose col fatto che negli intenti originari del legislatore esso mirava a stimolare l'incremento demografico della propria comunità nazionale, e questo in quanto, come espressamente afferma l'Avvocato Generale (10), tale misura risulta svolgere obbiettivamente la "funzione diretta di compensare gli oneri familiari del lavoratore", tanto da essere inserita in un "codice della famiglia e dell'aiuto sociale", e va perciò considerata nei fatti come un "vantaggio sociale" cui applicare il principio comunitario della parità di trattamento senza distinzioni di nazionalità (11); ed allo stesso modo, nel verificare il rispetto dell'art.36 lì ove consentendo eccezioni al diritto comune in materia di libera circolazione delle merci proibisce che queste si traducano comunque in "restrizioni dissimulate" al commercio, e cioè in misure per scopi di mero protezionismo, sembra si escluda la necessità di indagini sugli intenti dell'ente che agisce in deroga giacchè, come dice l'Avv. Gen. Warner in Henn e Darby (12), questi può anche essere in "piena buona fede", ma quelle che contano dal punto di vista dell'ordinamento sono le finalità che il provvedimento assunto, colto nella sua obbiettività, effettivamente persegue (13).

Una identica incertezza caratterizza l'atteggiamento della Corte rispetto alla connessa questione del se per la sanzione di un atto o comportamento normativo come lesivo del principio comunitario di eguaglianza sia sufficiente l'accertamento della discriminatorietà dell' "intento", soggettivo o oggettivo che sia, o sia necessario accertare, anche o soltanto, un "effetto" discriminatorio, e cioè la reale esistenza di una allocazione di vantaggi e svantaggi difforme da quella considerata giusta dall'ordinamento. Da un lato, si hanno sentenze nelle quali, riprendendo peraltro una formula consueta in norme di diritto comunitario derivato (14), si qualifica come discriminatorio qualsiasi intervento "avente lo scopo o l'effetto" di violare questo o quello dei valori di giustizia distributiva tutelati dalle Comunità (15): frase che, per lo meno nel suo senso letterale, dovrebbe stare ad indicare come ciascuno di tali due elementi (dunque anche il mero intento) abbia per il giudice comunitario autonomo rilievo e, in caso di conflitto con la nozione materiale di eguaglianza, sia sufficiente per consentire un intervento censorio. Più spesso l'attenzione appare invece centrata sui soli effetti della norma: può richiamarsi nel suo complesso la giurisprudenza relativa agli artt. 30 e 34 che, com'è noto, deriva l'esistenza di "misure d'effetto equivalente" a restrizioni quantitative sulle importazioni od esportazioni vietate da tali norme dalla prova di ostacoli agli scambi intracomunitari, senza che rilevino, almeno in prima istanza

(salve, cioè, successive verifiche sull'ammissibilità di deroghe ai principi), "(1)a loro natura, il loro contenuto, o gli obbiettvi da esse perseguiti" (16); oppure può ricordarsi il principio, desumibile da varie sentenze, per cui l'emanazione di "istruzioni amministrative" o altre disposizioni interne da parte dell'ente normatore imponenti la disapplicazione a situazioni di rilevanza comunitaria di discipline fonti di trattamenti differenziati (in particolare, sulla base della nazionalità) pur mostrando chiaramente l'assenza di intenti discriminatori, non vale di per sé ad escludere una lesione del principio comunitario di eguaglianza quando dal mero fatto della persistente vigenza di tali discipline derivi l'effetto pernicioso di mantenere uno stato di incertezza fra i titolari di diritti comunitari circa la loro reale godibilità (17). Va tuttavia rilevato che l'effetto potrà anche essere minimo (18) o addirittura meramente potenziale (19), non ritenendo la Corte indispensabile per l'accertamento di una discriminazione la prova che la classificazione normativa ingiusta abbia prodotto un danno rilevante o diretto (20): ciò che finisce col lasciare un certo spazio all'indagine sulla discriminatorietà dell'intento giacchè questa, pur quando non venga considerata condizione nè necessaria nè sufficiente per la declaratoria di una violazione del principio di eguaglianza, potrà nondimeno valere indirettamente quale indizio o prova della possibilità o probabilità di reali effetti discriminatori futuri.

Il fatto che la Corte non mostri di seguire sul punto una precisa, esplicita e consapevole teoria non impedisce di individuare per lo meno delle linee di tendenza. Come espressione del favor verso il processo integrativo che in generale ispira le scelte della magistratura del Lussemburgo, può infatti ritenersi, ed il secondo gruppo di sentenze menzionate lo conferma, che ogni qual volta entrano in gioco atti o comportamenti normativi incidenti sulla integrazione e sul corretto funzionamento del mercato comune - quali soprattutto quelli dovuti da Stati membri e privati per l'attuazione delle quattro "libertà fondamentali" e per il mantenimento di condizioni normali di concorrenza - verrà adottato un approccio da "outcome equality", dandosi cioè risalto unicamente alle conseguenze (agli effetti) dell'intervento normativo rispetto agli assetti di giustizia distributiva perseguiti dalle Comunità. D'altro canto, l'intento discriminatorio dell'ente normatore potrà ricevere autonoma considerazione nel caso in cui il giudizio di eguaglianza abbia per oggetto atti, per lo più delle istituzioni, assunti nella gestione delle politiche comuni, ma ciò avverrà soprattutto nella prospettiva della censura, peraltro nella pratica assai improbabile (21), di eventuali sviamenti di potere e senza che il contrasto dell'intento con la nozione materiale di eguaglianza possa in sé costituire un vizio di "violazione di legge" idoneo a fondare l'invalidazione dell'atto.

Come già si accennava, una maggiore sofisticazione della giurisprudenza, sulla falsariga delle indicazioni fornite a questo proposito nel capitolo iniziale, sarebbe nondimeno opportuna. Cogliendo con maggiore attenzione il diverso significato che può attribuirsi all'intento, sia soggettivo che oggettivo, all'effetto della norma, ed alla relazione fra tali elementi, ai fini della garanzia giudiziale dell'eguaglianza - ad esempio ritenendo di dover sanzionare misure prive di qualsiasi efficacia rispetto agli obbiettivi discriminatori perseguiti al fine di colpire la "mens rea" dell'autore o la lesione "simbolica" dell'eguaglianza così posta in essere, oppure facendo dipendere la censura di "discriminazioni indirette", riflesso solo mediato ed eventuale di discipline in sé "neutrali", dalla prova, sia pure in via presuntiva, di motivazioni in "mala fede" - la Corte potrebbe infatti a nostro avviso articolare maggiormente il proprio controllo e meglio legittimare le limitazioni dell'autonomia decisionale degli enti normatori in cui questo può tradursi.

Quanto infine al problema della valutazione di un atto o comportamento caratterizzato da una pluralità di fini (si intendano con tale termine gli intenti, soggettivi o oggettivi, e/o gli effetti della norma) in parte leciti e in parte illeciti (qui, discriminatori), la Corte sembra orientata nel senso di considerare sufficiente per accertare la legittimità dell'atto o comportamento l'individuazione fra le sue finalità anche di un

solo profilo di "ragionevolezza" che risulti idoneo a dare giustificazione della classificazione normativa impugnata. Vale in tal senso la già menzionata giurisprudenza che, constatata la possibile inconciliabilità dei vari obbiettivi attribuiti dall'art.39 alla politica agricola comune, e quindi dei distinti valori di giustizia distributiva di cui questi sono espressione, ammette che il perseguimento di taluni di essi possa comportare il sacrificio di altri, e cioè, per dirla con il "linguaggio" dell'eguaglianza, che l'attuazione della parità di trattamento fra i consociati sotto certi aspetti (ad esempio, la "dignità del tenore di vita") possa giustificare disparità di trattamento altrimenti considerabili come discriminatorie (ad esempio, violazioni dell'eguale posizione di mercato degli operatori economici) (22). E' questo un approccio senz'altro corretto, alla condizione tuttavia che venga prevista anche una attenta verifica della "necessità", ed eventualmente della "proporzionalità", delle lesioni del principio di eguaglianza in tal modo prodotte: verifica che, come già si diceva (23), la Corte realizza senz'altro quando è fronteggiata da normative legittimate in deroga a tutela di interessi di Stati membri, ma non anche, o per lo meno con lo stesso rigore, quando invece oggetto del giudizio sono scelte classificatorie delle istituzioni in materie, quali quella appena richiamata, in cui è possibile si aprano conflitti "interni alla stessa nozione materiale di eguaglianza protetta" (24). E' peraltro attraverso tale "controllo di razionalità" che

potrebbero trovare spazio le ulteriori, e più articolate considerazioni che la pluralità di fini della norma può sollecitare, che potrebbe cioè darsi rilievo all'influenza determinante che un intento illecito può avere avuto sul "se" e sul "come" della decisione normativa, o all'importanza relativa che per l'ente normatore, o per l'ordinamento comunitario, hanno finalità lecite e finalità illecite, e così via (25): con il vantaggio, di nuovo, di una maggiore flessibilità, e legittimabilità, del sindacato della Corte in punto di eguaglianza. Così, per esemplificare, nel valutare una misura restrittiva degli scambi assunta da uno Stato membro per fronteggiare reali esigenze di polizia sanitaria (e dunque legittima ai sensi dell'art.36) ma congegnata in modo tale da servire surrettiziamente anche scopi di puro protezionismo, l'accertamento di tale intento discriminatorio potrebbe valere a fondare una indagine in merito alla necessarietà della misura, si da verificare l'eventuale esistenza di provvedimenti alternativi parimenti efficaci rispetto al fine lecito perseguito, o potrebbe condurre alla sua censura per mancanza di proporzionalità (rispetto al sacrificio subito dall'interesse comunitario alla libera circolazione delle merci) qualora il ruolo preponderante, o risolutivo, che l'interesse alla protezione della produzione nazionale ha svolto nel determinare lo Stato membro ad agire in tal modo venga considerato prova della scarsa importanza (dunque, della non "imperatività") del distinto interesse ufficialmente

invocato, e pure effettivamente esistente (26), alla cura della salute pubblica.

1.2. la classificazione soggettiva.

In generale, l'individuazione dei soggetti interessati da una certa allocazione normativa di vantaggi e svantaggi, e quindi, per converso, dei soggetti da essa esclusi, può considerarsi il punto di partenza, il presupposto necessario per qualsiasi valutazione di atti o comportamenti alla luce del principio di eguaglianza. In particolare, avendo riguardo al procedimento logico-argomentativo attraverso il quale tale valutazione si compie, l'indagine sulla classificazione soggettiva rileva innanzitutto in termini di "razionalità", servendo cioè a verificare che la classe reale dei destinatari del comando normativo, o degli effetti di questo, coincida esattamente con la classe ideale dei soggetti che rispetto al fine perseguito si trovano in una identica condizione; in via indiretta, l'accertamento di fenomeni di sovrainclusione o sottoinclusione può poi anche costituire indizio o prova della discriminatorietà del fine, e cioè della esistenza di una lesione della nozione materiale di eguaglianza in punto di "ragionevolezza".

Come mostra nel suo complesso la prassi giurisprudenziale esaminata nel corso di questo lavoro, questo tipo di analisi caratterizza anche il giudizio comunitario di eguaglianza. In sintesi, e fra le altre, può farsi rinvio alla già menzionata sentenza Choquet ove la subordinazione dei soli stranieri a procedure particolari per l'autorizzazione alla conduzione di autoveicoli viene ritenuta compatibile con il divieto di discriminazioni in base alla nazionalità appunto in considerazione della obbiettiva diversità di situazione in cui essi si trovano, a causa della mancata armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri in materia di rilascio di patenti di guida, rispetto al fine (lecito) della norma in esame di garantire la sicurezza della circolazione stradale (27); o alla sentenza Sagulo, in cui il fatto che la condizione degli stranieri non possa essere "puramente e semplicemente" equiparata a quella dei cittadini in vista del ragionevole obbiettivo dello Stato membro di controllare i movimenti della popolazione residente sul proprio territorio, consente di ammettere che i primi siano assoggettati ad una disciplina distinta senza che ciò comporti un'infrazione dell'obbligo del trattamento nazionale (28). Ma anche, similmente, può ricordarsi il principio più volte ribadito dalla Corte per cui le istituzioni possono ricorrere a "valutazioni globali", e quindi a classificazioni soggettive fondate su generalizzazioni o stereotipizzazioni altrimenti sanzionabili come arbitrarie, quando l'esistenza di una

situazione di urgenza renda questa modalità d'azione l'unica possibile, l'unica cioè efficace rispetto agli obbiettivi perseguiti (29); o ancora, quelle pronuncie in materia di amministrazione da parte degli Stati membri di contingenti comunitari di importazione agevolata in cui viene esclusa la discriminatorietà del ricorso a definizioni restrittive della nozione di operatore economico interessato quando ciò appaia indispensabile per assicurare una "gestione razionale" della quota nazionale, e cioè per evitare una "polverizzazione" del contingente che ne annullerebbe la stessa funzione economica, contrastando con le finalità della disciplina (30).

Maggiore attenzione merita il "realismo" che la Corte mostra frequentemente all'atto della individuazione della classificazione soggettiva, e che trova espressione nei due concetti, cui si è già accennato, di discriminazioni, o, più esattamente (31), disparità di trattamento, "occulte" e "indirette". Una disparità di trattamento occulta (o dissimulata, desquisee, disguised) si ha quando la classe dei soggetti esclusivamente o prevalentemente destinatari del comando normativo, o degli effetti positivi o negativi di questo, risulta diversa da quella desumibile dalla lettera della norma, ciò che accade soprattutto allorchè l'ente normatore "maschera" un criterio sospetto di classificazione ricorrendo ad altri criteri formalmente diversi ma sostanzialmente equivalenti. In materia di

libera circolazione delle persone, ad esempio, il divieto di discriminazioni in base alla nazionalità diverrebbe facilmente eludibile qualora si considerasse comunitariamente lecita qualsiasi disciplina egualmente applicabile a cittadini e stranieri e non si desse risalto al ricorso ad altri fattori di differenziazione, quali le conoscenze linguistiche, il luogo di nascita, il luogo di dimora abituale, e così via, generalmente coincidenti con quello della appartenenza ad una certa comunità nazionale.

I giudici del Lussemburgo, come d'altro canto lo stesso legislatore comunitario (32), non cadono tuttavia in questo errore. Già in Ugliola l'Avvocato Generale nega qualsiasi fondamento all'argomentazione del Governo tedesco secondo cui una norma attributiva di particolari vantaggi sociali a chiunque abbia prestato il servizio militare nella Bundeswehr, non applicandosi a favore dei cittadini tedeschi in quanto tali, non viola l'obbligo del trattamento nazionale di cui all'art.48,2, in quanto, osserva, dipendendo l'accesso all'esercito della Repubblica Federale dalla chiamata alle armi e questa essendo a sua volta basata sul possesso della cittadinanza tedesca, una disciplina del genere finisce egualmente nei fatti per escludere a priori i lavoratori stranieri dal proprio ambito di operatività (33); e la Corte ha presto modo di formalizzare questo approccio, dichiarando che "il principio della parità di trattamento vieta non soltanto le discriminazioni palesi in base

alla cittadinanza, ma altresì qualsiasi discriminazione dissimulata che, pur fondandosi su altri criteri di riferimento, pervenga al medesimo risultato" (34), come accade ad esempio quando le condizioni per l'acquisizione o il mantenimento di un certo diritto riconosciuto da uno Stato membro siano definite in modo tale da poter essere obiettivamente soddisfatte solamente, o senza reali oneri, dai propri cittadini, oppure quando le condizioni relative alla perdita o alla sospensione del diritto stesso siano formulate in modo tale da potersi realizzare più facilmente, o esclusivamente, in capo ai cittadini di altri Stati membri (35).

Lo stesso vale per gli altri settori di diritto materiale considerati in questo lavoro. Così, vengono ritenute senz'altro in conflitto con i divieti di discriminazione desumibili dagli artt. 30 e 34 misure relative alla produzione o commercializzazione che, pur applicandosi senza distinzioni fondate sulla origine o destinazione dei beni, siano nondimeno causa di restrizioni, o maggiorazioni nei costi, per le sole importazioni o esportazioni, per esempio: divieti di pubblicità di bevande alcoliche formalmente validi tanto per i prodotti nazionali che per quelli esteri ma modellati sulle abitudini dei consumatori si da colpire solo le importazioni (36); l'obbligo per il venditore di un dato bene di risiedere nel territorio in cui si svolge la transazione o di disporvi di un proprio rappresentante, condizione automaticamente soddisfatta per i beni

di origine interna e che si traduce in un onere solo per quelli di origine straniera (37); l'obbligo della presentazione di certificati di produzione tanto per l'importatore diretto titolare di una concessione quanto per l'importatore indiretto "parallelo", ma che quest'ultimo, a differenza del primo, può difficilmente procurarsi per l'interesse che il produttore ha a non fornirglielo al fine di tutelare i diritti del concessionario (38). E nella stessa prospettiva l'esistenza di un intento o effetto protezionistico non viene esclusa, nonostante le apparenze, nel caso di discipline che incidono realmente in modo negativo oltre che sulla produzione estera anche su quella nazionale direttamente concorrente, quando questa sia nei fatti espressione di una industria marginale, mentre resta fuori dall'ambito di applicazione del provvedimento restrittivo, e quindi avvantaggiata, l'industria, prevalente sul mercato interno, di un altro bene diverso ma strettamente succedaneo a quello colpito e quindi in competizione, sia pure indiretta, con questo: com'è nel caso, ad esempio, del divieto di commercializzare sotto il nome di "aceto" qualsiasi aceto non derivato dal vino, divieto operante nei confronti tanto degli operatori economici stranieri del settore quanto di quelli interni, adottato da uno Stato membro che poi risulti essere produttore tipico prevalentemente di quel particolare tipo di aceto (39). Quanto poi all'agricoltura, una manifestazione di "realismo" nella individuazione della classificazione soggettiva

può trovarsi nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Capotorti nel caso Bela Muehle, allorchè si evidenzia, contestando le tesi sul punto della Commissione, come l'eguale applicabilità di un regolamento introducendo un obbligo di acquisto di un prodotto foraggero eccedentario per tutti gli allevatori senza distinzione alcuna non significhi anche, necessariamente, un'eguale allocazione dei relativi oneri, in particolare quando un gruppo di tali allevatori, essendo al tempo stesso produttore del bene in questione, finisce col ricevere una evidente contropartita dei costi finanziari sopportati (40).

Di disparità di trattamento "indirette" si parla allorchè si dà rilievo anche ai soggetti che, pur restando fuori dell'ambito d'applicazione della norma, e correttamente dato il fine da questa perseguito, ne subiscono nondimeno gli effetti riflessi risultando destinatari, come conseguenza sia pure solo mediata della sua esistenza, di un trattamento comparativamente più o meno vantaggioso di quello riservato ad altri. Il fenomeno si coglie agevolmente qualora si pensi a misure di governo dell'economia ed alla facilità con cui queste, a causa delle interconnessioni esistenti fra le diverse articolazioni del sistema economico, possano incidere "di rimbalzo" su settori diversi da quello che si intende disciplinare: per esempio, una sovvenzione, concessa ad un operatore economico per compensare una distorsione artificiale della concorrenza di cui è vittima,

dunque in sè coerente con il valore di giustizia distributiva dell'efficienza liberoconcorrenziale, può tuttavia tradursi in un immotivato privilegio qualora quello stesso operatore sia in grado di trasferire il beneficio su altri mercati in cui agisce e nei quali invece non sussistono le condizioni che hanno giustificato (reso cioè non discriminatorio) il provvedimento. Ma fenomeni simili possono determinarsi a seguito di qualsiasi altro tipo di intervento normativo se è vero che nelle moderne società complesse stretti nessi di interdipendenza caratterizzano i rapporti sociali in genere, e non solo quelli economici.

Occupandoci in precedenza di forme di "contagio" che possono realizzarsi fra i vari mercati agricoli quale effetto di misure assunte dalle istituzioni nella conduzione della politica comune, abbiamo visto come la Corte sia ben attenta a coglierne l'esistenza e a censurare le disparità di trattamento discriminatorie che eventualmente ne conseguano (41); d'altro canto non è infrequente che i giudici del Lussemburgo diano risalto alle discriminazioni fra consumatori effetto indiretto di discipline in sè lecite regolanti l'attività dei produttori (42). Si tratta di un orientamento che può considerarsi ben radicato nella giurisprudenza comunitaria visto che già in una sentenza del 1957 in materia di diritto CECA si individuava, e si censurava, come "discriminazione indiretta" il trattamento deteriore sofferto da certe imprese minerarie in conseguenza di

una convenzione intervenuta fra altre imprese e regolamentante il comportamento degli acquirenti dei loro prodotti (43).

Il problema, semmai, è quello di stabilire fino a che punto questo tipo di indagine possa legittimamente svolgersi, considerato che, in linea di principio, la concatenazione degli effetti riconducibili ad un qualsiasi intervento sul sociale, dunque anche ad una scelta normativa, può considerarsi tendenzialmente infinita. Come si accennava poc'anzi, una soluzione potrebbe essere individuata nella valorizzazione dell'intento (soggettivo) dell'ente normatore, e cioè nel far dipendere la sanzione di discriminazioni indirette, sulla falsariga degli equivalenti concetti giuspenalistici alla cui ricca elaborazione dottrinale potrebbe farsi utilmente ricorso (44), dalla prova della "colpevolezza", e cioè della volontà "dolosa" o anche solo "colposa" degli effetti discriminatori riflessi. In questo senso sembrano muoversi quegli Autori che escludono l'illegittimità di discriminazioni indirette "occasionalì" facendo leva appunto sull'assenza di "mala fede" all'atto della emanazione della norma rispetto alle conseguenze mediate di questa (46). Nessun segno giunge tuttavia dalla giurisprudenza a conferma di questo approccio, il quale peraltro contrasterebbe con la prospettiva da "outcome equality" che, come già si diceva, sembra adottata dalla Corte e che conduce a vietare qualsiasi lesione, anche involontaria e indiretta, degli obiettivi di giustizia distributiva perseguiti dalle Comunità; è

più fondato allora ritenere che, anche in questo caso, il giudice comunitario mantenga un atteggiamento "flessibile", facendo variare il proprio intervento censorio nei confronti delle discriminazioni indirette a seconda degli interessi materiali in gioco e della "profondità" di scrutinio che questi legittimano (46).

1.3. il comando.

Accertata l'esistenza e la legittimità (in particolare, la non discriminatorietà) del fine perseguito, e la coerenza rispetto a questo della classificazione soggettiva adottata, il giudizio di eguaglianza comporta (rectius, può comportare) la valutazione del concreto comando attraverso il quale l'ente normatore, o la norma considerata nella sua obbiettività, disciplinano tali soggetti in vista di quelle finalità, dando origine alle disparità di trattamento oggetto di esame: si tratterà, anche in questo caso, di un "controllo di razionalità", teso specificamente a verificare l'esistenza fra il comando ed il fine di nessi di "causalità" (il comando è efficace), "necessarietà" (non esistono comandi parimenti efficaci e meno "costosi", meno lesivi cioè degli interessi sacrificati), "proporzionalità" (i costi prodotti non risultano eccessivi rispetto ai benefici conseguiti), fermo restando che un esito

negativo di tale controllo potrà poi retroagire sul primo livello dell'analisi costituendo, di nuovo, prova o indizio della "irragionevolezza" del fine dell'atto o comportamento normativo sottoposto a scrutinio (47).

Sulla ammissibilità nel contesto comunitario di una indagine di questo genere, e sui limiti entro i quali essa viene svolta dalla Corte di giustizia nella sua opera di garanzia del principio di eguaglianza, ci si è già diffusi, e in più parti di questo lavoro (48). Basterà qui ricordare che ad essa sembra farsi ricorso particolarmente in presenza di classificazioni "sospette", legittimate perchè compatibili con la nozione materiale di eguaglianza o, soprattutto, in via di deroga, al fine di controllare che le disparità di trattamento introdotte non oltrepassino i limiti entro i quali l'ordinamento è disposto a giustificarle, in quanto inutili, o anche in quanto espressione di una ponderazione del valore relativo dei contrastanti interessi in gioco che l'ordinamento stesso reputa ingiusta; e ribadire come quest'ultimo aspetto della indagine sul comando normativo (appunto, come si diceva, la sua "proporzionalità in senso proprio") non appaia valorizzato a sufficienza dalla prassi, mentre invece potrebbe rappresentare uno strumento idoneo a "graduare" l'operatività del principio di eguaglianza (e soprattutto delle eccezioni che questo subisce) in funzione delle peculiarità di ciascun caso concreto e delle esigenze del processo integrativo in esso realmente coinvolte.

Piuttosto, va sottolineato come anche in questa fase dello scrutinio la Corte, col dare risalto all'effettivo impatto che la disposizione normativa in esame ha sulla realtà sociale in cui viene ad agire, dimostri di adottare un atteggiamento di corretto "realismo". Richiamando una casistica in parte già citata altrove, possono qui ricordarsi, quanto al controllo sui nessi di "causalità", di nuovo la sentenza Cassis de Dijon, ove si nega fondamento alla tesi del Governo interveniente per cui la fissazione di contenuti minimi di alcool, frenando la diffusione dei liquori a gradazione moderata ai quali è più facile l'assuefazione, serve a combattere la piaga dell'alcoolismo, in base alla constatazione che è prassi frequente che le bevande ad alta gradazione vengano consumate in forma diluita e che per tale motivo una misura del genere appare del tutto inefficace rispetto all'obbiettivo perseguito (49); oppure la sentenza Donckerwolcke, ove il fatto che soltanto obbligando l'importatore a dichiarare la provenienza originaria della merce si ottengono le informazioni necessarie allo Stato membro per definire la portata delle misure di politica estera commerciale che è legittimato ad adottare conformemente al Trattato di Roma, ed alla Commissione per esercitare i relativi poteri di controllo e decisione di cui all'art. 115, permette di affermare la compatibilità di tale "provvedimento di sorveglianza doganale" con i divieti comunitari di ostacoli alla libera circolazione delle merci (50).

Quanto alla "necessarietà" del comando, può farsi invece rinvio a quelle pronunce in cui la misura oggetto di scrutinio è censurata in considerazione dell'esistenza, appunto, di alternative di normazione parimenti efficaci ma meno onerose per gli interessi comunitariamente protetti: come quando, ad esempio, si contesta che l' "esigenza imperativa" dello Stato membro alla tutela dei consumatori da negozi sleali possa essere invocata per giustificare divieti o requisiti restrittivi di produzione o commercializzazione allorchè quello stesso obiettivo risulta conseguibile attraverso il mezzo, meno limitativo della libertà di scambio nel mercato comune, dell'apposizione obbligatoria di opportune etichette informative in merito alla natura e qualità del prodotto (51).

In punto, infine, di "proporzionalità", possono richiamarsi quei casi nei quali, dopo aver ammesso la possibilità che gli Stati membri sanzionino il mancato rispetto da parte di privati delle normative interne regolamentanti l'esercizio di diritti loro riconosciuti dall'ordinamento comunitario, la Corte enuncia anche il principio per cui tali sanzioni non dovranno comunque essere, appunto, sproporzionate sì da tradursi in una grave limitazione, o nella stessa negazione, di tali situazioni di vantaggio, e questo, sembra di capire, proprio perchè, data la natura dell'infrazione, un simile modo di garantire l'interesse statale a reagire a quegli illeciti andrebbe considerato inequivocabilmente eccessivo rispetto al

sacrificio che ne consegue dei fondamentali e superiori interessi delle Comunità tutelati attraverso l'attribuzione di quei diritti. Così, il lavoratore straniero che abbia ommesso di dichiarare la propria presenza alle autorità dello Stato ospite, in violazione di espresse norme in tal senso, non potrà essere sottoposto ad espulsione, giacchè la "utilità marginale" di quelle disposizioni rispetto al fine, certo non irrinunciabile, di controllare i movimenti della popolazione nel territorio nazionale impedisce che, per assicurarne l'osservanza, si adottino provvedimenti sostanzialmente ablativi dei diritti di mobilità di cui il migrante comunitario gode ai sensi dell'art.48 (52); e, similmente, ci sarà discriminazione in ragione della origine dei beni, come tale vietata dall'art.30, quando l'obbligo per l'importatore di denunciare la provenienza delle merce, lecito per i motivi che si sono appena detti, venga accompagnato da sanzioni come la confisca di questa o l'imposizione di ammende in funzione del suo valore, sanzioni che tenuto conto "dell'indole puramente amministrativa dell'infrazione" e, per l'opposto, della essenzialità dell'interesse comunitario alla eliminazione degli ostacoli agli scambi non possono non considerarsi "eccessive" e perciò censurabili (53). Ancora, e con esiti opposti, una analisi realistica del comando normativo in termini di proporzionalità viene svolta dalla Corte in De Peijper (54) allorchè, dopo aver escluso in generale che la deroga ai divieti di restrizioni quantitative agli scambi di cui all'art.36

possa valere a giustificare norme o prassi che presentino aspetti restrittivi motivati essenzialmente dalla preoccupazione di ridurre l'impegno dell'amministrazione statale, o le spese pubbliche, viene tuttavia fatta salva l'ipotesi in cui, in mancanza di tali norme o prassi, quell'impegno o quelle spese risulterebbero eccessivamente onerosi (si sottintende, rispetto alla garanzia dell'interesse comunitario alla libera circolazione delle merci al quale il relativo interesse statale andrebbe ordinariamente subordinato); o nelle due decisioni Simmenthal (55), ove la domanda di un provvedimento giudiziale d'urgenza sospensivo di una disposizione comunitaria oggetto di impugnativa viene rigettata a causa della sproporzione fra l'interesse individuale della parte ricorrente che tale misura potrebbe salvaguardare e gli interessi generali del mercato, e di un numero incalcolabile di operatori economici, che essa rischierebbe al tempo stesso di compromettere; o infine, e sia pure implicitamente, in quelle pronuncie (56) enuncianti il principio per cui vanno qualificati legittimi quei comportamenti attivi, o soprattutto omissivi delle istituzioni, fonti di discriminazioni nel presente, quando essi appaiano indispensabili per evitare "discriminazioni molto più gravi, patenti e generali" nel futuro.

2. L'organizzazione del processo.

L'ordinamento comunitario non prevede alcuna forma di "tutela giurisdizionale differenziata" (57) a garanzia di norme e principi di higher law quali potrebbero considerarsi (da un punto di vista materiale, se non formale) soprattutto (58) le disposizioni dei trattati istitutivi, o almeno quelle fra di esse, come appunto i vari divieti di discriminazione, attinenti a interessi e valori fondamentali delle Comunità. "Differenziato", ma sarebbe più esatto dire frammentario, è semmai il sistema di ricorsi attraverso i quali è possibile promuovere il controllo giudiziale sul rispetto del diritto comunitario, basato com'è sulla previsione di una serie di distinte azioni tipiche esperibili di fronte alla Corte di giustizia, e sulla attribuzione della competenza residua alle magistrature nazionali, naturalmente adibili in conformità alle (spesso difformi) legislazioni processuali vigenti in ciascuno Stato membro: un sistema, questo, la cui complessità, per dirla con le parole della stessa Corte di giustizia, è "fonte di confusione e di incertezza" (59), cosa tanto più deprecabile, aggiungerei noi, quando entrano in gioco situazioni di vantaggio fondamentali nei confronti delle quali maggiormente si manifesta l'esigenza di strumenti garantistici certi, efficienti e soprattutto uniformi per tutti i soggetti dell'ordinamento. La questione della opportunità di una specifica giurisdizione "costituzionale" comunitaria, questione interna a quella più generale sui limiti e sulle carenze che l'esercizio della funzione giurisdizionale

incontra nello spazio giuridico comunitario, non riguarda tuttavia il "giudizio di eguaglianza" in quanto tale ed esula quindi dai confini della presente indagine. Rinviando alla vastissima letteratura sul tema (60) ed alle numerose proposte di riforma avanzate a questo proposito anche da parte delle stesse istituzioni (61), ci limiteremo perciò in questa sede ad alcuni brevi cenni critici su alcuni aspetti di particolare rilievo.

Una prima osservazione può essere fatta per quanto riguarda la procedura di selezione dei giudici della Corte di giustizia. La attività di "concretizzazione creatrice" che l'organo giudicante non può non svolgere allorchè si trova ad interpretare clausole di contenuto strutturalmente elastico e generico, come quella della "eguaglianza di fronte alla legge" (62), e l'alto grado di "politicità" delle relative valutazioni, postulano che i suoi componenti siano scelti secondo criteri che ne assicurino quella particolare "sensibilità" necessaria a svolgere propriamente una funzione così delicata. Ora, i giudici del Lussemburgo, nominati secondo il disposto dell'art.167 dai Governi degli Stati membri e per un periodo limitato di tempo, se non appaiono certo come anziani magistrati-funzionari all'apice di una "carriera" nei ranghi della pubblica amministrazione, quali ad esempio i membri delle Corti di cassazione italiana e francese (63), non possono neanche essere equiparati ai componenti delle corti nazionali investite del controllo ("accentrato") di costituzionalità, giacchè l'elezione di costoro

a tale ufficio avviene di solito coinvolgendo altri poteri pubblici, in primis quello legislativo, in modo che essi riflettano adeguatamente le diverse articolazioni, ideologiche e politiche, del corpo sociale. In tal senso potrebbero dunque essere riprese, ed acquisterebbero in questa particolare prospettiva nuovo vigore, proposte già avanzate in sede di redazione del Trattato CECA (64), auspicandosi riforme che prevedano per la nomina dei giudici della Corte la partecipazione (anche, per lo meno) del Parlamento europeo, soprattutto in considerazione della piena rappresentatività di cui questo gode in seguito alla elezione a suffragio universale diretto, e delle istituzioni più tipicamente portatrici degli interessi "sovranzionali", Consiglio e soprattutto Commissione.

Quanto alla struttura del processo, sotto diversi punti di vista questa sembra contrastare quel criterio della "ricerca ufficiale della verità" che, come già rilevato, dovrebbe ispirare giudizi a tutela di diritti e libertà fondamentali, o comunque di interessi e valori di natura "costituzionale", dato il carattere generalmente ultra-individuale, pubblicistico, quindi indisponibile, dei beni garantiti attraverso il loro riconoscimento. Innanzitutto, nei giudizi diversi da quelli ex art.177 (ma mutatis mutandis, e nella misura in cui ciò ha senso da un punto di vista tecnico, sembra che considerazioni simili possano valere anche per i "rinvii pregiudiziali") il giudice comunitario, pur godendo di ampia autonomia nell'esercizio di

poteri direttivi (65), propulsivi (66) ed istruttori (67), resta tuttavia subordinato alle scelte processuali delle parti ed in tal modo limitato nei suoi interventi a salvaguardia della "legalità superiore" dell'ordinamento: per riprendere la chiara analisi del Grementieri (68) va ricordato infatti che innanzi alla Corte di giustizia vige il principio della domanda, nel senso che tanto il giudizio principale quanto quello eventuale di impugnazione (69) può essere instaurato solo su istanza di parte e mai di ufficio dal giudice o da una parte "pubblica" (qual'è, ad esempio, il pubblico ministero nel processo italiano); che la Corte non può sollevare di sua iniziativa eccezioni in senso proprio, potendo considerarle ai fini della decisione solo se esiste una iniziativa in tal senso del convenuto; che, in conformità all'antico brocardo ne eat iudex ultra petita partium, la Corte "non può prendere provvedimenti che vadano al di là dei limiti oggettivi (petitum) e causali (causa petendi) determinati dalle parti con la domanda e l'eccezione" (70); che le parti, "rinunziando alla pretesa" o comunque "agli atti del giudizio" possono mettere fine al procedimento impedendo che la Corte si pronunzi (71).

Parimenti criticabili sotto il profilo in esame appaiono le "strette" che i privati notoriamente incontrano nell'azionare il controllo comunitario di legittimità: le ragioni di efficienza amministrativa e di certezza giuridica di solito richiamate a loro giustificazione (72), non possono infatti non

cedere di fronte all'esigenza, in linea di principio preminente, di dare garanzia a Grundnormen dell'ordinamento, a clausole essenziali della "costituzione comunitaria". Così, mentre in alcuni sistemi giuridici nazionali la volontà di reprimere nella maggior misura possibile le violazioni di diritti fondamentali o in genere di norme primarie dà luogo alla previsione di giurisdizioni speciali particolarmente "aperte" ai privati (in termini di condizioni dell'azione, di provvedimenti impugnabili, di gratuità del procedimento) (73), nel sistema comunitario le persone fisiche e giuridiche possono impugnare innanzi alla Corte di giustizia per illegittimità atti o comportamenti delle istituzioni soltanto quando questi si configurino come decisioni che le riguardano "direttamente e individualmente" (74) (dunque mai nei casi di disposizioni generali e astratte di natura "legislativa"), entro brevi termini perentori (75), e con costi notevoli, soprattutto in caso di soccombenza (76); nell'ipotesi poi in cui la lesione di una situazione di vantaggio fondamentale comunitaria derivi da un atto o comportamento di uno Stato membro, i privati non godono di alcun diritto di azione diretta nel foro del Lussemburgo, potendo soltanto utilizzare le ordinarie vie di ricorso interne e provocare eventualmente un coinvolgimento indiretto della Corte di giustizia attraverso il meccanismo delle pronunce pregiudiziali di cui all'art.177, con le note limitazioni derivanti dal fatto che l'obbligo del rinvio della questione di diritto comunitario sollevata sussiste

soltanto per i tribunali di ultima istanza (77), che i giudici del Lussemburgo sono chiamati a statuire solo in punto di diritto, e che non esiste alcuna garanzia che il giudice interno, competente a decidere il caso nel merito, si conformi poi effettivamente alle massime della Corte, dalle quali pure è formalmente vincolato (78). Nè queste limitazioni nell'accesso alla giurisdizione comunitaria possono ritenersi sufficientemente compensate dalla generale e ampia legittimazione ad agire a tutela della "legalità obbiettiva" dell'ordinamento riconosciuta ad istituzioni e Stati membri (79), giacchè saranno frequenti le ipotesi in cui la violazione di una norma superiore posta a protezione di interessi privati trarrà origine da atti o comportamenti (nel nostro caso, da discriminazioni) direttamente o indirettamente attribuibili proprio a tali soggetti, i quali non avranno quindi alcun interesse reale a sollecitare il controllo della Corte (80).

La natura spesso infungibile dei beni tutelati attraverso l'affermazione di diritti e libertà fondamentali, e la conseguente necessità che il giudice disponga degli strumenti tecnici per garantirne, almeno tendenzialmente, la piena integrità, consentono di cogliere un'altra carenza del processo comunitario. Se infatti, dal combinato disposto degli artt. 185, 186 e 192,4 del Trattato di Roma, 36 dello Statuto della Corte, 55 e 83 - 90 del Regolamento di procedura (81), risulta che, per quanto riguarda il giudizio di legittimità di atti o

comportamenti delle istituzioni, la Corte ha senz'altro il potere di adottare con procedura sommaria misure sospensive o cautelari in genere e di dare priorità alla trattazione di cause urgenti, diverso è il discorso da fare nel caso di giudizi coinvolgenti Stati membri, giacchè eventuali sentenze di accoglimento di ricorsi ex artt.169 o 170 si limiteranno a "dichiarare" l'illecito, l'art.171 ponendo sullo Stato inadempiente soltanto il generico obbligo (di risultato) di prendere "i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza . . . importa", così escludendo che la Corte possa annullare l'atto statale illegittimo o comunque specificare le necessarie misure riparatorie (82); certo, la violazione di tale obbligo configurerà un nuovo illecito comunitario e renderà esperibile un nuovo ricorso decidendo il quale la Corte potrà meglio definire il contenuto di quelle misure, ma la macchinosità di tale procedura contrasta palesemente proprio con l'indicata esigenza di immediatezza della garanzia giudiziale, nè potranno efficacemente soccorrere i richiamati poteri cautelari, giacchè la dottrina concorda nel ritenere non assumibili nei confronti degli Stati membri proprio i provvedimenti sospensivi previsti dall'art. 185 che appaiono invece i più utili a tal fine (83).

Un ulteriore aspetto su cui vorremmo richiamare l'attenzione, questa volta con particolare riferimento alla garanzia giudiziale comunitaria dell'eguaglianza, riguarda infine la distribuzione dell'onere della prova. A noi sembra infatti che

la Corte non segua in proposito una precisa teoria, e si orienti piuttosto a seconda del grado di "profondità" che ritiene corretto attribuire al proprio sindacato, e quindi del "favore" o "disfavore" con cui valutare le scelte classificatorie dell'ente normatore sottoposte al suo esame. Le alternative, com'è noto, sono le seguenti: per stabilire l'esistenza di una discriminazione può ritenersi sufficiente che l'attore (84) provi una disparità di trattamento, o può affermarsi la necessità che questi dimostri anche l'irrazionalità o irragionevolezza della classificazione (e cioè, il suo conflitto con la nozione materiale di eguaglianza protetta), o addirittura anche l'assenza di una fattispecie derogatoria che la legittimi in via di eccezione. Ora in alcuni casi, ad esempio in presenza di criteri classificatori, come la nazionalità, accentuatamente sospetti perchè verosimile causa di lesioni del "nucleo forte" dell'eguaglianza comunitaria, pare agisca una presunzione relativa che dalla prova di un trattamento deteriore in ragione di uno di tali criteri desume la discriminatorietà della relativa norma, ricadendo sulla parte che ne difende la legittimità allegare o provare il contrario: così, per restare alla materia della libera circolazione delle merci, la già richiamata formula della sentenza Dassonville che qualifica come "misura d'effetto equivalente" vietata dal Trattato "ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare . . . gli scambi intracomunitari" (85), correttamente intesa (86), esprime appunto

una presunzione juris tantum che senz'altro può essere ribaltata dimostrando la giustificatezza (dal punto di vista comunitario) di tali effetti; e nello stesso senso va interpretato a nostro avviso il "principio di equivalenza" enunciato nel penultimo capoverso della sentenza Cassis de Dijon (87) in quanto, col dichiarare che in linea di principio di un bene legalmente prodotto e commercializzato in uno Stato membro non può essere bloccata l'importazione in un altro Stato membro a causa della sua difformità dai corrispondenti standards di produzione o commercializzazione ivi vigenti, la Corte, a differenza di quanto talora si crede (88), non pone una condizione che una volta soddisfatta rende a priori illecite misure restrittive di tal genere, ma soltanto si limita a presumerne l'irragionevolezza, giacchè il dato della conformità del bene alle norme dello Stato di esportazione consente di ritenere che verosimilmente esso soddisferà adeguatamente anche le finalità perseguite dallo Stato importatore con la fissazione di quegli standards, fermo restando il potere di questo di allegare e di provare che invece l'applicazione della propria legislazione è indispensabile per la tutela di proprie inderogabili "esigenze imperative".

Questi interventi della Corte sulla allocazione dell'onere probatorio riflettono a nostro avviso, come si diceva, l'accentuato rigore che si intende mantenere nel controllo di atti o comportamenti incidenti su valori ed interessi fra i più essenziali e irrinunciabili dell'ordinamento. Normalmente,

invece, chi agisce in giudizio invocando la garanzia comunitaria dell'eguaglianza non dovrà soltanto dimostrare di essere destinatario di un trattamento deteriore, ma dovrà argomentarne la discriminatorietà, l'inconciliabilità con i valori comunitari di giustizia distributiva: così, sul produttore agricolo che allegghi una violazione del divieto di discriminazioni di cui all'art. 40,3,2, ricadrà l'onere di provare sia la disparità di trattamento subita nei confronti di un'altra categoria di operatori economici, sia anche l'irrazionalità o irragionevolezza di questa, data l'identità di condizione fra le due classi rispetto al fine perseguito dalla disciplina oppure al valore fondamentale della efficienza di mercato.

In altri casi, infine, questa volta come segno di self-restraint giudiziale, la Corte pone presunzioni di legittimità a favore di determinate classificazioni: questo ci sembra accada quando, valutando interventi delle istituzioni nella materia della politica agricola comune, rispetto alla quale è ad esse riconosciuta ampia discrezionalità politica e amministrativa, si presuppone la fondatezza delle motivazioni (soltanto) alleggate da Consiglio e Commissione per giustificare misure limitative del libero gioco di mercato, lasciando quindi alla parte che sfida la legittimità della norma di dimostrare non solo che la disparità di trattamento introdotta confligge con il valore di giustizia distributiva dell'efficienza concorrenziale, ma anche che gli interessi derogatori, invocati ma non provati dall'ente fonte,

non consentono in realtà nella fattispecie di giustificare in via di eccezione tale lesione dell'eguaglianza comunitaria (89).

VII. LA PROFONDITA' DEL GIUDIZIO.

Il concetto di "profondità" del giudizio di eguaglianza è stato già illustrato (1). Si è già detto come l'atteggiamento di organismi giudiziali chiamati a valutare la legittimità di atti e comportamenti normativi alla luce di norme e principi di legalità superiore, e dunque anche della clausola fondamentale che impone "l'eguaglianza di fronte alla legge", oscilla di solito fra momenti di accentuato "attivismo", nei quali viene esaltata la funzione garantista intrinseca in tale controllo, e momenti di "astensione", o self-restraint per dirla, con la dottrina anglo-sassone, nei quali ci si limita a porre confini latenti e generici all'esercizio di poteri normativi cui si riconosce larga discrezionalità. Più che in una rigida alternativa sulla azionabilità o meno del principio di eguaglianza, ciò si traduce nella "graduazione", e cioè, appunto, in una maggiore o minore profondità, della valutazione giudiziale delle scelte classificatorie operate dall'ente normatore, con evidenti, rilevanti effetti sul funzionamento e sugli esiti del giudizio.

Di qui la necessità di un'indagine e, possibilmente, di una sistemazione teorica di questo fenomeno, per lo più non oggetto di espressa trattazione da parte del giudice dell'eguaglianza, e nondimeno influente, anche quando non ve ne

sia piena consapevolezza, sulle determinazioni di questo. Ciò significherebbe individuare nel diritto comunitario, da un lato, gli interessi e valori che impongono il ricorso ad un sindacato sommario e generico così come i fattori controagenti che danno invece legittimazione a forme di "strict scrutiny"; dall'altro, le articolazioni che il giudizio comunitario di eguaglianza subisce quale effetto di queste spinte di segno opposto, talora sussistenti anche in riferimento ad una medesima fattispecie concreta. Un terzo livello di analisi potrebbe poi consistere, come già si notava, nella formulazione di veri e propri "modelli" di controllo giudiziale, e cioè nella definizione in via generale e astratta di ipotesi tipiche in cui ad un dato equilibrio fra le confliggenti tendenze all' "astensione" ed all' "attivismo" venisse fatto corrispondere un prestabilito grado di profondità e quindi una altrettanto prestabilita articolazione del giudizio: la prassi della Corte di giustizia da noi esaminata non fornisce tuttavia elementi sufficienti per giustificare questa ulteriore specificazione analitica, e d'altro canto il bilancio negativo dei tentativi in tal senso operati da più avanzate giurisprudenze statali (2) sta forse ad indicare la necessità quasi strutturale che gli organi giudicanti godano di una certa flessibilità quanto a possibilità e limiti del proprio intervento a garanzia dell'eguaglianza.

1. Il fondamento dell'astensione giudiziale.

1.1. discrezionalità politica e discrezionalità amministrativa delle istituzioni comunitarie.

Le ragioni che giustificano l'esclusione o la limitazione del sindacato giudiziale a salvaguardia della discrezionalità amministrativa o della discrezionalità politica dell'ente (pubblico) normatore sono in linea di principio ben distinte. Sotto il primo profilo si da risalto alla esperienza tecnica e pratica degli organi dell'esecutivo, necessaria quando l'ordinamento ritenga utile che comandi normativi astratti vengano di volta in volta adattati alle peculiarità delle situazioni concrete; sotto il secondo, invece, alla legittimazione democratica di cui gli organi titolari della funzione di indirizzo politico godono in quanto direttamente o indirettamente rappresentativi della volontà popolare: in entrambi i casi si tratta di caratteristiche delle quali il potere giurisdizionale è considerato per motivi diversi carente, risultando perciò poco opportuno che esso sostituisca le proprie valutazioni a quelle dell'ente sottoposto a scrutinio.

Questa distinzione perde buona parte della sua rilevanza nello specifico contesto comunitario. A causa della struttura più rudimentale che l'ordinamento delle Comunità Europee presenta rispetto agli ordinamenti statali, al suo interno i meccanismi e le procedure relativi tanto alla produzione normativa quanto al suo controllo giurisdizionale non sembrano variare a seconda della natura dell'atto (3); anzi, può dirsi che la stessa qualificazione delle varie disposizioni come

legislative, regolamentari, amministrative, sia tutt'altro che facile, se è vero che la Commissione, vale a dire l'esecutivo comunitario, si vede spesso attribuiti poteri normativi quanto mai vasti anche in relazione al contemperamento (politico) di interessi confliggenti di categorie generali di consociati (4), mentre l'organo propriamente legislativo, il Consiglio, adotta di frequente anche discipline di dettaglio e non è comunque mai libero nei fini, essendo vincolato al perseguimento (dunque, in un certo senso, all' "amministrazione") degli obbiettivi fondamentali dei Trattati. Ciò spiega perchè l'atteggiamento della Corte riguardo alla profondità del sindacato di atti o comportamenti espressione di discrezionalità amministrativa o politica sia sostanzialmente il medesimo, e consente in questa sede una trattazione unitaria dei due profili.

La discrezionalità goduta dalle istituzioni di Bruxelles nell'esercizio della propria potestà normativa trova espresso riconoscimento e garanzia in una norma di diritto positivo: l'art.33 del Trattato CECA che sottrae alla Corte di giustizia "l'appréciation de la situation decoulant des faits ou circonstances économiques en vu de laquelle sont intervenus les . . . décisions ou recommandations" dell'Alta Autorità, con la sola eccezione dell'ipotesi in cui a questa si faccia carico di aver commesso sviamento di potere oppure di aver "meconnu d'une manière patente" le norme del Trattato o qualsiasi altra norma giuridica concernente la sua applicazione. Questa disposizione, pur svolgendo una importante e specifica funzione nel particolare sistema di controllo giurisdizionale previsto dal Trattato di

Parigi (5), esprime un principio che secondo la prevalente dottrina (6) e, come vedremo, secondo la stessa prassi giurisprudenziale, opera in via generalizzata nell'ordinamento comunitario nel suo complesso; il problema, semmai, è quello di individuarne con esattezza il contenuto. Se è infatti pacifico che in tal modo si esclude qualsiasi sindacato sul merito dei provvedimenti normativi, meno chiaro è invece quali conseguenze si producano sul controllo in punto di legittimità, senz'altro di competenza della Corte e nell'attuazione del quale, soprattutto quando si tratta di svolgere un'analisi relazionale quale quella imposta dal divieto di discriminazioni, può risultare indispensabile giudicare proprio la valutazione dei fatti (della loro esistenza, della loro qualificazione, del loro apprezzamento) sulla quale l'ente normatore ha fondato la propria decisione (7). La soluzione sembra essere la seguente. Posto che, come autorevolmente riconosciuto, in generale "la Cour peut et doit apprecier les faits sur lesquels une institution communautaire s'est basee au moment de determiner par un de ses actes une distinction de traitement, si cell-ci est attaque par la suite sous l'angle de pretendue violation du principe d'egalite" (8), la discrezionalità di Consiglio e Commissione verrà piuttosto salvaguardata proprio attraverso la gradazione della profondità del controllo giudiziale, e cioè rendendo azionabile il controllo, e quindi l'indagine in punto di fatto, soltanto per sanzionare violazioni "patenti", come recita l'art.33, delle norme di diritto applicabili nella fattispecie.

La materia della politica agricola comune, nella quale le istituzioni di Bruxelles godono di ampia discrezionalità tanto in vista dell'equilibrio (politico) tra i diversi obbiettivi imposti dall'art.39 quanto per la gestione (amministrativa) delle organizzazioni comuni di mercato, vede una costante rivendicazione da parte delle stesse istituzioni di tale prerogativa (9), ed un suo altrettanto costante riconoscimento ad opera della Corte: costituisce infatti una massima consolidata quella per cui, allorchè entrano in gioco classificazioni normative fondate sulla valutazione di "complesse situazioni economiche" o su scelte di natura eminentemente politica, il sindacato giudiziale debba limitarsi "agli eventuali vizi di errore manifesto, sviamento di potere o palese sconfinamento dai limiti del potere discrezionale" (10), dovendosi escludere in tali ipotesi, come espressamente ammesso da un Avvocato Generale, una "applicazione rigorosa del divieto di discriminazione" (11). Un approccio, questo, che può peraltro ritenersi venga sempre seguito dalla Corte, al di là cioè delle specifiche peculiarità di tale settore di diritto materiale comunitario o dei particolari problemi connessi ad interventi di governo dell'economia: ed infatti abbiamo già visto come le errate conclusioni alle quali i giudici del Lussemburgo giungono in una nota serie di pronuncie sulla non applicabilità della garanzia dell'eguaglianza a provvedimenti attinenti ai rapporti commerciali esterni (12) si possano soprattutto spiegare con un atteggiamento, questo sì corretto, appunto di self-restraint nei

confronti della discrezionalità di valutazione degli organi istituzionalmente deputati alla relativa disciplina.

1.2.           sovranià degli Stati membri.

Caratteristica strutturale del metodo integrativo adottato dai trattati istitutivi delle Comunità Europee è che sulle materie non oggetto di trasferimento alla competenza delle istituzioni comuni gli Stati membri mantengono una piena ed indiscussa sovranità. Anche se, come più volte ricordato, tali poteri vanno considerati in linea di principio funzionalizzati alle finalità comunitarie, nel senso che l'esercizio ne diviene illecito qualora si traduca in un ostacolo al loro conseguimento, la Corte si mostra tuttavia attenta a non "eccedere" in tale funzionalizzazione (tra l'altro) col limitare la penetranza del proprio sindacato su atti o comportamenti assunti dagli Stati membri in settori di dominio riservato, e ciò, ci sembra, appunto in coerenza con il valore, derivabile da tale profilo della "filosofia dell'integrazione", della salvaguardia della loro autonomia sovrana.

Una espressa indicazione in tal senso può cogliersi nelle conclusioni dell'Avv. Gen. Trabucchi al caso Watson, allorchè, nel definire i limiti di diritto comunitario che uno Stato membro può incontrare nella disciplina del movimento degli stranieri sul proprio territorio, osserva come nei confronti di misure di tal genere, espressione di competenze ritenute dagli

Stati membri, le tradizionali dottrine sviluppate in riferimento alle deroghe al principio della libera circolazione delle persone non possano trovare "una rigorosa applicazione", valendo semmai come meri "criteri direttivi" per una valutazione che in materie nelle quali "l'ambito di discrezionalità che si deve riconoscere al legislatore nazionale è inevitabilmente assai vasto" dovrà esser svolta, appunto, con "la massima prudenza" (13). La sentenza pronunciata dalla Corte in tale occasione non sembra seguire l'invito dell'Avvocato Generale (14), ma ciò si spiega col fatto che nella fattispecie entrava in gioco uno dei fattori che, come diremo, legittimano forme di strict scrutiny, vale a dire l'incidenza dei provvedimenti esaminati su un "diritto fondamentale" comunitario. In generale, invece, può dirsi che la indicata preoccupazione di evitare intromissioni eccessive nella sfera della sovranità statale sia pienamente condivisa dai giudici del Lussemburgo. In proposito può ricordarsi la cautela con la quale la Corte si mostra disposta a rigettare le attestazioni degli Stati membri in merito alla effettiva esistenza di uno degli interessi a tutela dei quali l'ordinamento ammette deroghe alla operatività del diritto comune, nelle ipotesi in cui tale interesse, com'è nel caso della protezione dell'ordine o della moralità pubblici o della salute umana, risulta attenersi a quanto di più riservato (e quindi di meno sindacabile) c'è nella funzione di governo di una comunità nazionale (15): in questo caso il controllo di legittimità si svolge egualmente, ma con minore profondità, mirando alla censura di eventuali arbitrarietà nel "come" delle misure derogatorie e

solo eccezionalmente (in caso cioè di palese infondatezza) contestando il "se" della disposizione, e cioè la correttezza della valutazione relativa all'interesse invocato posta in essere dallo Stato (16). D'altro canto, sempre come espressione di astensione giudiziale a garanzia della sovranità degli Stati membri può interpretarsi l'approccio che, come si è più su visto, prevale nei confronti del fenomeno delle disparità di trattamento per "frazionamento normativo", oggetto di sanzione giudiziale diretta solo quando si traducono in una discriminazione dissimulata in base ad un altro criterio sospetto di classificazione oppure in una lesione grave di risultati già acquisiti nel processo integrativo, ritenendosi invece che qualsiasi ulteriore ostacolo da esse posto ai valori comunitari di giustizia distributiva possa essere eliminato solo attraverso appositi interventi di armonizzazione delle legislazioni ad opera delle istituzioni.

### 1.3. autonomia negoziale e libertà dei privati.

L'autonomia negoziale, e cioè la facoltà giuridicamente protetta dei soggetti privati di regolare mediante dichiarazioni della volontà i propri interessi, così come il più generale e fondamentale principio della libertà della persona umana come diritto alla autodeterminazione di cui tale autonomia è riflesso, trovano senz'altro riconoscimento nell'ordinamento delle Comunità Europee, costituendo elemento essenziale di quella tradizione

culturale, ancor prima che giuridica o politica, comune a tutti gli Stati membri che è sostrato implicito, ma indiscusso, del processo integrativo. Ci si può pertanto chiedere se, come è avvenuto nell'esperienza di alcune giurisprudenze nazionali, tali valori possano porsi quale limite esterno alla garanzia giudiziale dell'eguaglianza, in particolare in applicazione della teoria per cui i comandi derivabili da norme superiori di natura costituzionale sarebbero indirizzati esclusivamente, o principalmente, ai poteri pubblici, non potendo valere, o valendo soltanto in via eccezionale, nei confronti di atti o comportamenti (nel nostro caso, di classificazioni discriminatorie) di origine privata (17).

La risposta sembrerebbe essere, in generale, negativa. Rileva in tal senso la sentenza Walrave (18) ove la Corte afferma che "il principio di non discriminazione, in ragione del suo carattere imperativo, costituisce un parametro inderogabile per qualsiasi rapporto giuridico", dunque escludendo in modo reciso e incondizionato che la natura interpretata del rapporto in esame possa essere di impedimento alla sanzione giudiziale. Ed infatti la prassi fornisce esempi di atti di autonomia negoziale, per lo più contratti, censurati perchè in conflitto con valori comunitari di giustizia distributiva: per restare alla materia della libera circolazione delle persone, può ricordarsi come appunto in Walrave, e nel parallelo caso Donà (19), posto che il divieto di discriminazioni in base alla nazionalità di cui agli artt. 7 e 48 "riguarda non solo gli atti dell'autorità pubblica, ma le norme di qualsiasi natura dirette a disciplinare

collettivamente il lavoro subordinato" (20), la Corte non esita a dichiarare la incompatibilità con il diritto comunitario (e dunque, sul piano interno, la nullità per violazione di norme imperative o per contrasto con l'ordine pubblico) di alcune clausole di regolamenti di federazioni sportive discriminatorie a danno di lavoratori cittadini di altri Stati membri (21).

Se è pacifico nei confronti di norme negoziali, il controllo giudiziale appare tuttavia meno scontato quando entrano in gioco meri comportamenti privati, di per sé causa di classificazioni ingiuste (ad esempio, il rifiuto del datore di lavoro di contrarre con migranti di una certa nazionalità, la mancata consegna da parte del produttore ad importatori paralleli dei documenti richiesti dalle leggi dello Stato di importazione per la commercializzazione del prodotto (22), l'organizzazione di campagne private di boicottaggio di beni o persone stranieri (23), e così via). Ad esempio, nelle sue conclusioni al caso Donà (24), l'Avv. Gen. Trabucchi nega che dal principio della parità di trattamento nell'accesso all'impiego, oltre ad un innegabile "diritto a che non siano frapposti, neppure dai privati, degli impedimenti giuridici all'assunzione", possa essere derivato anche un "diritto ad essere assunti", nè che, in linea di principio, salva cioè l'esistenza di norme interne o comunitarie che prevedano appositi controlli amministrativi in tal senso, possa imputarsi allo Stato membro la responsabilità delle attività (discriminatorie) svolte nel suo territorio dai singoli nell'esercizio della propria autonomia.

In assenza di espresse statuizioni della Corte, sul punto va fatta chiarezza. A nostro avviso, a differenza di quanto ritiene l'Avvocato Generale, "in linea di principio" un imperativo fondamentale quale quello della eguaglianza dei consociati, una volta che l'ordinamento gli attribuisce dignità di norma di legalità superiore, dovrebbe senz'altro trovare applicazione anche nei confronti di comportamenti di tal genere: gli strumenti tecnici utilizzabili a tal fine potrebbero essere i più vari, potendo farsi obbligo agli Stati membri (25) di prevedere la pronunciabilità di sentenze costitutive dei medesimi rapporti (o effetti) giuridici che il comportamento omissivo privato ha illecitamente impedito si producessero, oppure di coattare direttamente la volontà dei privati ricollegando a quei comportamenti forme di responsabilità civile, o anche penale (26), o ancora, al limite, di predisporre interventi correttivi "dall'esterno" delle conseguenze discriminatorie delle pratiche private (27). Il vero problema, a nostro avviso, è piuttosto un altro, e cioè quello appunto della profondità di interventi giudiziali in tal senso, vale a dire se è legittimo e giustificabile che obblighi simili, date le limitazioni che vengono così a determinarsi sul valore altrettanto fondamentale dell'autonomia e della libertà dei singoli, siano affermati direttamente dalla Corte, siano cioè derivati in via meramente interpretativa dal principio generale di eguaglianza, eventualmente in combinato con la "clausola di fedeltà" di cui all'art.5 del Trattato di Roma. Ora, sotto questo diverso punto di vista è probabile che la Corte sarebbe portata a condividere

le esitazioni dell'Avvocato Generale. Ciò potrebbe significare un atteggiamento assoluto di astensione, ma anche, più probabilmente e secondo noi più correttamente, l'ammissione del proprio intervento solo in presenza di norme espressamente disciplinanti fattispecie di tal genere: potrebbero valere a questo fine norme primarie, quali ad esempio gli artt.85-86 del Trattato di Roma o l'art.4,b, del Trattato di Parigi, che risultano direttamente indirizzate - alla regolazione di comportamenti privati, o soprattutto norme secondarie, quali quelle che le istituzioni possono adottare ai sensi, ad esempio (28), dell'art.7,2 CEE che facoltizza il Consiglio a stabilire "tutte" le regolamentazioni utili ad impedire discriminazioni in base alla nazionalità, o degli artt.100 e ss. CEE sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri (29).

#### 1.4. economia dei giudizi.

Un interesse che non trova esplicito riconoscimento nella giurisprudenza, ma che tuttavia può verosimilmente orientare la Corte verso forme di self-restraint, è quello alla "economia" dei giudizi, e cioè ad una utilizzazione efficiente delle "risorse" giudiziali una volta che di esse si avverta la "scarsità relativa". Si riflette qui un problema noto da tempo alle giurisdizioni nazionali, soprattutto a quelle di ultima istanza, e che ormai riguarda anche la magistratura del Lussemburgo, vale a dire l' "overload" di ricorsi e l'eccesso di

lavoro in cui questo si traduce a detrimento della qualità, e quindi della autorevolezza, delle pronunce. Al di là degli interventi riformatori di carattere istituzionale che ciò può comportare soprattutto per quanto riguarda l'azionabilità del giudizio comunitario, un rimedio può già essere individuato nella sottoposizione ad una valutazione solo sommaria e superficiale di quelle fattispecie che si presentano poco rilevanti per gli interessi oggettivi dell'ordinamento, e cioè, nel nostro caso, di quelle ipotesi di disparità di trattamento anche discriminatorie la cui incidenza, da un punto di vista, per così dire, "quantitativo", sui valori di giustizia distributiva protetti risulti, o si presuma, essere solo marginale. La cosiddetta eccezione "de minimis", formulata pretorariamente dalla Corte rispetto ad alcuni articoli dei trattati (30), e secondo la quale non andrebbero censurati atti o comportamenti in sé illeciti ma fonte di effetti del tutto, o quasi, irrilevanti, potrebbe interpretarsi anche come una indicazione in questo senso.

2. Fattori di legittimazione dell' "attivismo" giudiziale.

Gli indicati valori ed interessi che limitano la profondità del controllo giudiziale in punto di eguaglianza possono essere "bilanciati", come si diceva, da fattori che agiscono in senso opposto, richiedendo e legittimando una valutazione attenta e rigorosa della "ragionevolezza" e della "razionalità" della classificazione normativa impugnata.

2.1. diritti fondamentali e "nucleo forte" della nozione materiale di eguaglianza.

E' comprensibile che atti o comportamenti che possano dar luogo a disparità di trattamento nel godimento di "diritti fondamentali comunitari", e cioè di situazioni di vantaggio assunte dall'ordinamento come essenziali in quanto riflesso di valori primari tendenzialmente irrinunciabili e perciò protette attraverso norme di legalità superiore, vengano sottoposti, comunque, ad un sindacato giudiziale approfondito. Lo stesso può ritenersi accada, anche per la frequente coincidenza fra i due profili, allorchè entra in gioco il "nucleo forte" della nozione materiale di eguaglianza comunitaria, e cioè quelli fra i valori di giustizia distributiva tutelati cui presumibilmente l'ordinamento attribuisce preminente rilievo.

Fermo restando che le due categorie di cui si discorre potranno assumere contenuto diverso in diversi momenti storici, ci sembra ad esempio che allo stato la Corte possa intervenire senza esitazioni a limitare la discrezionalità dell'ente normatore, quali che siano gli interessi a garanzia dei quali tale discrezionalità è riconosciuta, quando le scelte classificatorie di questo incidano notevolmente su una delle quattro "grandi libertà" di circolazione sancite nel Trattato di Roma o su valori quali l'efficienza dei rapporti economici nel mercato comune o la pari dignità degli Stati membri. Ciò trova senz'altro conferma nella giurisprudenza: talora implicitamente, com'è nel caso della definizione quanto mai lata di "misura

d'effetto equivalente" a restrizioni quantitative alle importazioni o alle esportazioni formulata in Dassonville (31) la quale, nell'affermare la sufficienza di effetti anche solo potenziali o indiretti sul commercio intracomunitario affinché divengano azionabili i divieti di cui agli artt.30 e 34, dà un segno inequivocabile della massima vigilanza che il giudice comunitario intende mantenere sulla materia; talora anche espressamente, come quando la Corte richiama appunto il fatto che la mobilità del lavoro salariato sia "uno dei fondamenti della Comunità" per giustificare la censura di qualsiasi discriminazione, anche a prescindere "dalla sua natura e dalla sua gravità", nella fruizione dei relativi diritti (32).

Presunzioni sull'esistenza di fattispecie di questo genere, e cioè di probabili lesioni dei diritti fondamentali comunitari o del "nucleo forte" dell'eguaglianza protetta, e quindi elementi per giustificare forme di "strict scrutiny" giudiziale, potranno derivarsi dalla presenza di determinati criteri di classificazione, oppure dalla natura dell'ente normatore. Così, come dimostrano le più volte citate pronunce sui provvedimenti statali di controllo del movimento degli stranieri sul territorio, disparità di trattamento in ragione della nazionalità, considerata l'alta probabilità che esprimano intenti o effetti lato sensu protezionistici, andranno sempre sottoposte ad un controllo penetrante anche quando siano poste in essere da Stati membri in materie di competenza riservata, o eventualmente dalle istituzioni nell'esercizio della propria discrezionalità politica o amministrativa; parimenti, un atteggiamento di

sospetto giudiziale, e quindi di rigore nella valutazione, apparirà legittimo quando non siano istituzioni comunitarie ma istituzioni statali a gestire discipline di diritto comune (per cui, ad esempio (33), si colpirà l'attribuzione a queste di poteri troppo ampiamente discrezionali per la possibilità di un loro uso discriminatorio), giacchè è verosimile che uno Stato membro, a differenza di organi propri delle Comunità, sia portato a far prevalere la cura del suo "particolare" sugli interessi generali del processo integrativo; e così via. Ciò spinge ad accogliere con cautela le osservazioni critiche mosse da alcuni Autori (34) alla Corte che svolgerebbe nei confronti degli Stati membri, apparentemente senza motivo, un sindacato più severo di quello riservato a Consiglio e Commissione: la maggior parte dei casi portati ad esempio riguardano infatti fattispecie nelle quali l' id quod plerumque accidit è appunto che siano atti o comportamenti statali ad entrare in conflitto con valori ed interessi fondamentali dell'ordinamento (35), il che spiega e legittima senz'altro la maggiore profondità nel loro controllo di legittimità comunitaria. Naturalmente, questa stessa profondità dovrà sussistere anche nelle ipotesi, per quanto rare esse possano essere, in cui siano le stesse istituzioni di Bruxelles a porre in essere atti o comportamenti di tal genere: e la Corte andrà censurata qualora, come ad esempio ci sembra accada nel caso Racke (36), forse per un malinteso atteggiamento di favor per l'integrazione, mantenga il proprio self-restraint.

2.2. deroghe al principio di eguaglianza.

In presenza di una classificazione obiettivamente discriminatoria ma legittimata in via di eccezione in base ad una delle deroghe che l'ordinamento ammette alla ordinaria operatività del principio di eguaglianza il controllo giudiziale potrà, o dovrà, farsi particolarmente penetrante: ai fattori che, anche in questa ipotesi potranno richiedere astensione giudiziale, la Corte potrà fondatamente contrapporre, a sostegno del proprio intervento, la natura intrinsecamente eccezionale di fattispecie normative di tal genere e la necessità che esse trovino un'interpretazione e applicazione restrittive.

La descrizione precedentemente offerta del regime giuridico cui l'ordinamento comunitario sottopone misure derogatorie conferma che l'approccio qui suggerito è tendenzialmente seguito dalla prassi. Rinviando a quanto detto in quella sede, può qui soltanto ribadirsi l'opportunità appunto, anche per quello che questo può significare in termini di profondità del giudizio, che la qualifica di deroga venga estesa in riferimento ai conflitti che come si notava possono aprirsi "all'interno" della nozione materiale di eguaglianza medesima, fra componenti contrastanti di questa: poichè in questa particolare ipotesi entrano in rilievo soprattutto atti assunti dalle istituzioni nella gestione delle politiche comuni, ciò potrà infatti costituire un ulteriore strumento argomentativo utile alla Corte per superare la deferenza normalmente riservata

nei confronti delle scelte classificatorie degli organismi di Bruxelles.

2.3. norme secondarie attuative del principio di eguaglianza.

Le determinazioni dell'imperativo dell'eguaglianza di fronte alla legge poste in essere da organi legislativi non dovrebbero di regola vincolare il giudice chiamato a garantire il rispetto di tale imperativo, e questo per il semplice motivo che la funzione tipica del principio di eguaglianza, in quanto norma di "higher law", è proprio quella di limitare e controllare la discrezionalità del potere normativo, in primis di quello pubblico. Giustamente, dunque, la Corte di giustizia, nell'interpretare clausole fondamentali dei trattati, come ad esempio quelle relative ai divieti di discriminazione in materia di circolazione delle merci (37), ha ritenuto di poterne ignorare le specificazioni contenute in atti normativi delle istituzioni, dando ad esse il significato a suo avviso più corretto e coerente con le finalità obbiettive dell'integrazione quali derivabili dai trattati medesimi. Diverso, tuttavia, è il rilievo che può attribuirsi ad interventi del legislatore comunitario attuativi o estensivi degli obbiettivi di giustizia distributiva dell'ordinamento nell'ipotesi particolare in cui esistano fattori che giustificano e impongano un atteggiamento giudiziale di astensione; in questo caso, infatti, la legittimazione

"democratica" di cui godono gli organi politicamente rappresentativi (e, mediatamente, gli organi amministrativi) finirà con il riflettersi sul "giudice dell'eguaglianza" autorizzando forme di sindacato che per gli indicati valori della discrezionalità delle istituzioni, della sovranità statale, dell'autonomia privata, non sarebbe invece opportuno derivare direttamente, e cioè in via di mera interpretazione, dalle formulazioni per lo più generiche dei divieti di discriminazione posti dai trattati o da altrettanto generali principi di diritto comunitario non scritto. Così, come già si notava, discipline adottate ai sensi dell'art.7,2, o degli artt.100 e ss., o anche di disposizioni quali l'art.49 prevedenti l'emanazione di norme esecutive per particolari settori di diritto materiale, potranno valere come fondamento per ampliamenti e approfondimenti della garanzia giudiziale dell'eguaglianza, rendendo ad esempio sanzionabili nel foro del Lussemburgo comportamenti discriminatori di privati (38), o discriminazioni "per frazionamento normativo" risultanti dalla persistente autonomia sovrana degli Stati membri (39), o l'omissione, soprattutto da parte dell'esecutivo comunitario, di facere anche normativi, di "affirmative actions" necessarie ad una effettiva attuazione delle finalità di eguaglianza dell'ordinamento. L'influenza sulla profondità del giudizio di eguaglianza di questi interventi del legislatore comunitario potrà peraltro andare oltre la semplice ammissione del controllo giudiziale sull'assenza delle classificazioni in tal modo direttamente ed espressamente colpite; ed infatti non è impossibile ritenere che la

magistratura del Lussemburgo potrà ritenersi così legittimata a censurare anche fattispecie classificatorie al di fuori dell'ambito di applicazione di tali discipline e tuttavia confliggenti con i principi cui esse si ispirano (40), o addirittura (ma non ci sembra esistano nella prassi conferme in questo senso) a porre in essere un "effetto di non-ritorno", proteggendo cioè le situazioni di vantaggio così riconosciute ai consociati anche da eventuali successivi interventi abrogativi dello stesso legislatore.

#### 2.4. grado di "maturità" del processo integrativo.

La regola aurea della progressività dell'integrazione (41) comporta anche la possibilità che la profondità del controllo giudiziale vari in relazione appunto al grado di "maturità" raggiunto dall'organismo comunitario (42). L'atteggiamento di "favore" verso il processo integrativo spesso attribuito alla Corte non esclude infatti (anzi, correttamente inteso, conferma) che questa stia attenta nell'interpretazione del diritto delle Comunità a non dar luogo ad irrealistiche "fughe in avanti", le quali, in ultima istanza, finirebbero per ritorcersi contro la stessa stabilità ed efficacia del processo integrativo, e ad adattare invece la penetranza dei propri interventi agli effettivi sviluppi realizzati nell'attuazione degli obiettivi istituzionali dei trattati. Significativi in tal senso possono essere elementi quali la fine del "periodo

transitorio", nel corso del quale si giustificava un atteggiamento generalizzato di cautela nell'imposizione di obblighi sugli Stati membri, da cui l'irrilevanza di discipline adottate durante tale fase particolare ed improntate appunto a tale atteggiamento (43); oppure l'emanazione da parte delle istituzioni di atti che comportino il pieno "assorbimento" da parte delle Comunità di competenze originariamente ritenute dagli Stati membri, o anche la mera consapevolezza della Corte (e gli indizi in tal senso possono essere i più vari) che in un dato momento storico, rispetto al perseguimento di determinate finalità in un particolare settore, esiste nella "società comunitaria" nel suo complesso una forte coesione, ed un altrettanto forte consenso sulla possibilità o necessità che l'"interesse sovranazionale" prevalga su altri interessi eventualmente confliggenti.

### 3. L'articolazione del giudizio.

La diversa profondità dell'intervento giudiziale si traduce nella articolazione del giudizio comunitario di eguaglianza sia sotto il profilo dei parametri di valutazione in base ai quali le classificazioni normative vengono qualificate come discriminatorie, che sotto quello del procedimento logico-argomentativo seguito nell'accertamento di eventuali lesioni del principio. Questo fenomeno è già emerso, sia pure in via indiretta, nei precedenti capitoli dedicati alla "nozione

materiale di eguaglianza" ed alla "struttura" del giudizio, e può quindi essere qui oggetto di una trattazione sintetica.

Espressione di un controllo particolarmente penetrante può considerarsi l'affermazione della sufficienza di effetti discriminatori potenziali (44) oppure minimi (45) per sanzionare l'atto o comportamento normativo che ne è fonte, così come la sottoposizione della misura impugnata ad una analisi "realista" e rigorosa in punto di "razionalità" (46). Per l'opposto, segno di astensione sarà subordinarne l'invalidazione alla prova, obbiettivamente difficile, dell'intento (soggettivo) discriminatorio dell'ente normatore, con la possibilità di ulteriori variazioni a seconda del grado di "colpevolezza" richiesto (47) (ciò che potrà giustificarsi, ad esempio, a fronte di classificazioni poste in essere da privati o di "discriminazioni indirette"), oppure alla prova che il destinatario del trattamento deteriore abbia subito in conseguenza di questo un danno reale. E nello stesso senso va interpretato il ricorso da parte della Corte, consueto come si è detto quando entrano in gioco provvedimenti delle istituzioni in materie nelle quali queste godono di ampia discrezionalità, a quello che la dottrina statunitense chiamerebbe "minimum rationality scrutiny", e cioè ad un controllo che si limita a verificare che la scelta classificatoria non sia fondata su errori gravi di apprezzamento o su violazioni manifeste della legalità (48).

Ancora, strumento di articolazione dell'intervento giudiziale può essere la distribuzione dell'onere della prova che

la Corte spesso realizza attraverso l'affermazione di presunzioni relative in merito alla discriminatorietà oppure alla legittimità di un dato genere di classificazioni, così rendendone rispettivamente più facile o più difficile la censura (49); o anche la "graduazione" del quantum di prova necessario, come quando (ad esempio, per quel che concerne l'esistenza di un interesse statale alla tutela dell'ordine pubblico o della moralità pubblica (50)) viene considerato sufficiente l'accertamento della "verosimiglianza" delle allegazioni.

Ispirato a self-restraint appare invece il modello di scrutinio che nel caso Valsabbia l'Avv. Gen. Capotorti (51) e la Corte (52) derivano dal menzionato art.33 del Trattato di Parigi: rispetto ad atti delle istituzioni contenenti valutazioni di "fatti e circostanze economiche" un controllo giudiziale "a cognizione piena" può essere azionato soltanto in presenza di un fumus di illegittimità, e cioè soltanto in seguito alla prova da parte del ricorrente di seri indizi di quei vizi di sviamento di potere o di violazione patente di norme giuridiche in base ai quali tali atti possono essere invalidati. Espresso in riferimento al sindacato sulle decisioni dell'Alta Autorità CECA, nulla esclude che questo modello "bipartito" possa venire generalizzato, valendo per tutte le ipotesi nelle quali la salvaguardia della discrezionalità degli organi politici o amministrativi oppure altri valori consigliano al giudice comunitario un sindacato poco penetrante.

Infine, un ulteriore strumento di astensione potrebbe individuarsi nel ricorso a "sentenze interpretative", figura ben

nota alla prassi e alla scienza giuscostituzionaliste, essendo evidentemente minore l'intromissione nella libertà ed autonomia dell'ente normatore che si realizza quando, piuttosto che invalidarne tout court gli atti se ne afferma l'incompatibilità o, soprattutto, la compatibilità con norme e principi superiori soltanto in relazione ad una determinata interpretazione degli stessi: la tendenza che secondo un Autore la Corte mostra ad intervenire con minore esitazione quando è chiamata a statuire appunto sul significato, e non sulla validità, del diritto comunitario (53) potrebbe secondo noi indicare la praticabilità anche nel foro del Lussemburgo di questa tecnica giudiziale.



## C O N C L U S I O N I

Il tentativo di ricostruzione dogmatica del "giudizio comunitario di eguaglianza" sin qui svolto, confermando le premesse della nostra indagine, consente di precisare alcune sommarie conclusioni.

1. Anche nell'ordinamento -giuridico delle Comunità Europee, come nell'esperienza della maggior parte degli ordinamenti statali contemporanei, il principio della "eguaglianza di fronte alla legge" si presenta come uno dei più essenziali strumenti di garanzia giudiziale contro l'esercizio arbitrario o ingiusto del potere normativo (pubblico o privato): la copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia sin qui esaminata dimostra infatti tanto il rilievo che il diritto comunitario dà, esplicitamente o implicitamente, alla sanzione di trattamenti normativi discriminatori, quanto anche e soprattutto la possibilità che la "retorica dell'eguaglianza" trovi nello spazio giuridico comunitario una maggiore e più compiuta valorizzazione.

2. Perche' questa valorizzazione abbia luogo sembra tuttavia necessario che il "giurista comunitario" si doti di uno strumentario teorico più sofisticato di quello oggi predominante nella prassi, in particolare individuando e differenziando, quali autonomi livelli d'analisi delle classificazioni normative: quello della jurisdiction, attuale o potenziale, delle Comunità Europee sulla specifica classificazione sottoposta a scrutinio (la "competenza"); quello della validità di questa in base al diritto comunitario perchè compatibile con i concreti obiettivi di giustizia distributiva da questo perseguiti o perchè riconducibile ad una delle deroghe che tale diritto consente in via di eccezione alla operatività del principio di eguaglianza (la "nozione materiale di eguaglianza"); quello dello specifico procedimento logico-argomentativo e della specifica organizzazione processuale che caratterizzano, o dovrebbero caratterizzare, il giudizio in cui tale classificazione viene fatta oggetto di scrutinio (la "struttura del giudizio"); quello della misura in cui è legittimo che sia proprio il potere giudiziario a valutare la conformità della classificazione al principio di eguaglianza (la "profondità del giudizio").

3. Come si è visto nel corso del lavoro, questo "approfondimento teorico" produce effetti degni di nota, consentendo fra l'altro: il superamento di varie antinomie o

paralogismi oggi presenti nella giurisprudenza della Corte di giustizia (ad esempio, rispetto al significato di deroghe alle libertà di circolazione per motivi di "ordine pubblico" o a tutela dei diritti di "proprietà intellettuale"); un più corretto inquadramento ed una più facile soluzione a vexatae questiones di non marginale rilievo pratico, oltre che teorico (quali quelle sulla liceità di "discriminazioni a rovescio" o di "misure egualmente applicabili" restrittive di importazioni o esportazioni); l'affermazione di nuove possibili vie verso l'ampliamento delle competenze materiali delle Comunità (appunto per il caso in cui i limiti di competenza dell'ordinamento risultino essi stessi di per sé causa di discriminazioni); l'individuazione di nuove situazioni di vantaggio derivabili, allo stato o a fronte di possibili future evoluzioni della costituzione materiale delle Comunità, dalla higher law di queste (in ipotesi, come conseguenza della riconosciuta sanzionabilità di "discriminazioni per frazionamento normativo" o di classificazioni lesive dei valori di giustizia distributiva delle "identità nazionali" o della "solidarietà fra gli Stati membri" o della "pari dignità umana").

4. Più in generale, e più significativamente, la sistemazione in un modello organico del "giudizio comunitario di eguaglianza" finisce infine con l'offrire più efficaci mezzi

argomentativi a chi agisce o si difende nel foro comunitario, invocando la norma superiore della eguaglianza di fronte alla legge a tutela di vecchi e nuovi interessi, così come a chi sulla fondatezza di tali pretese è chiamato a pronunciarsi, vale a dire al giudice comunitario che di tali mezzi può valersi per più convincenti motivazioni delle decisioni assunte e quindi per una più stringente giustificazione dell'accresciuto "attivismo" dispiegato nel dare soddisfazione a tali rivendicazioni. Come si accennava all'inizio della nostra indagine, ciò potrebbe auspicabilmente tradursi in una accresciuta consapevolezza da parte dei soggetti dell'ordinamento, in primis dei privati, riguardo alle utilità sostanziali che essi possono conseguire per effetto del diritto comunitario, in particolare nella specifica prospettiva del "dialogo" diretto con il potere giudiziario nel nome del rispetto di norme delle legalità superiore; e quindi, per questo tramite, in una più piena e profonda legittimazione del sistema politico delle Comunità Europee e del processo integrativo che attraverso di questo trova svolgimento.

ISTITUTO UNIVERSITARIO EUROPEO

DIPARTIMENTO GIURIDICO

MASSIMO V. BENEDETTI

IL GIUDIZIO COMUNITARIO D'EGUAGLIANZA

Tesi per il Dottorato di Ricerca

Volume II

Note

San Domenico di Fiesole, 1987

ENC-818



30001

000722290

I S T I T U T O   U N I V E R S I T A R I O   E U R O P E O

DIPARTIMENTO GIURIDICO

MASSIMO V. BENEDETTI

I L   G I U D I Z I O   C O M U N I T A R I O   D ' E G U A G L I A N Z A

Tesi per il Dottorato di Ricerca

Volume II

Note

San Domenico di Fiesole, 1987

BCcge9

BEN



## NOTE ALL' INTRODUZIONE

1. La Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio, la Comunità Economica Europea e la Comunità Europea dell'Energia Atomica, istituite rispettivamente con il Trattato di Parigi del 18 aprile 1951 e con i Trattati di Roma del 25 maggio 1957, pur avendo ancora oggi una soggettività formalmente distinta, agiscono attraverso organi comuni e possono essere ormai considerate come un ente politico sostanzialmente unitario: il che giustifica la consuetudine della prevalente dottrina, qui seguita, di studiarne i problemi giuridici assumendo come termine di riferimento un unico "diritto delle Comunità Europee".

2. Con questo termine, evidentemente atecnico, ci si riferisce sia a giudizi promossi innanzi alla Corte di giustizia delle Comunità Europee, sia anche a giudizi promossi innanzi alle magistrature degli Stati membri, per l'ipotesi in cui queste, in conformità ai trattati, sono chiamate ad interpretare ed applicare il diritto comunitario.

3. E' notorio, ad esempio, che da vari anni il maggior numero di questioni sottoposte all'esame della Corte Costituzionale italiana riguarda appunto il principio della eguaglianza di fronte alla legge di cui all'art.3, I comma della Costituzione, da solo o più spesso in combinato con altre clausole fondamentali (cfr. da ultimo sul punto i dati forniti dal Presidente della Corte nella conferenza-stampa relativa all'attività nel 1984: ELIA, "La giustizia costituzionale nel 1984", Foro it., 1985, V, p.69 ss., a p.72; ma v. anche PALADIN, "Corte Costituzionale e principio generale di eguaglianza. Aprile 1979 - Dicembre 1983", Giur. Cost., 1984, I, p.219 ss., a p. 219 s.); ed e' interessante rilevare come lo stesso fenomeno si sia verificato nella giurisprudenza di una corte suprema di recente istituzione, il Tribunal Constitucional previsto dalla nuova Costituzione spagnola del 1978 (come puo' desumersi da SALAS, "Il Tribunale costituzionale spagnolo e la sua competenza in riferimento alla forma di governo. I suoi rapporti con i poteri legislativo, esecutivo, giudiziario.", Quaderni cost., 1982, p.621 ss, a p. 635 e s.).

4. Cfr. la Sec.15 del Constitution Act canadese del 1982, intitolata "Equality Rights":

"(1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of

the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability. (2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability."

5. Se e' infatti vero, come e' stato autorevolmente detto (BOBBIO, "La regola di maggioranza: limiti ed aporie", in BOBBIO, OFFE, LOMBARDINI, Democrazia, maggioranza e minoranze, 1981, p. 33 ss., a p.51), che l'ideale di ogni democrazia e' "indissociabile dal principio del contratto sociale, cioe' dall'idea dell'accordo di ciascuno con tutti gli altri su alcune regole fondamentali della convivenza", regole che nella esperienza dei sistemi politici moderni possono ritenersi codificate per lo piu' appunto nelle carte costituzionali, e' anche vero che intanto il principio contrattualista puo' svolgere la propria funzione di legittimazione in quanto da esso venga presupposta, sia pure implicitamente, l'eguaglianza dei contraenti, e cioe' la parita' di condizione fra i soggetti titolari del potere costituente fra i quali l'accordo si realizza.

6. Su cui v. i pur sintetici richiami nel prossimo Capitolo I; ma si consideri anche l'iniziativa del CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT DE L'UNIVERSITE' LIBRE DE BRUXELLES che, sotto la direzione di Henri BUCH, Paul FORIERS e Chaim PERELMAN, a partire dal 1971 ha ritenuto opportuno concentrare i propri studi appunto sulla "notion d'egalite' en philosophie du droit et dans differents systemes de droit", dando vita alla pubblicazione di vari volumi in tema.

7. Così' WESTEN, "The Empty Idea of Equality", Harvard Law Rev., 1982, p.537 ss., a p.542, sulle cui tesi v. criticamente infra, sub I.1.2.6.

8. Sulle varie sentenze in cui la Corte comunitaria ha affermato tale principio ed i principi connessi della "efficacia diretta", della "competenza esclusiva" e della "primaute'" (sui diritti interni) del diritto comunitario (soprattutto le landmark opinions Van Gend en Loos, 26/62, Raccolta 1963, p.3, e Costa v. E.N.E.L., 6/64, Raccolta 1964, p.1129), e sulla ricezione che tale dottrina ha avuto negli ordinamenti degli Stati membri, v.

CAPOTORTI, "Il diritto comunitario dal punto di vista del giudice nazionale", RDIPP, 1977, p.497 ss., cui adde Soerensen, "Competences supranationales et pouvoirs constitutionnels en droit danois", in Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch, 1972, II, p.481 ss., STEIN (E.), HAY, WAELBROECK, European Community Law and Institutions in Perspective, 1976, a p.96 ss. e p.242 ss., TIZZANO, "La Corte costituzionale e il diritto comunitario: vent'anni dopo : . ." (nota alla sentenza 8 giugno 1984, n.170), Foro it., 1984, I, p.2063 ss.

9. Cfr. nel Trattato CEE gli artt.:7; 33,1; 36; 37,1; 40,3,2; 44,1; 45,1; 48,2; 49,c; 52,2; 60,2; 65; 67; 68,2; 76; 79,1; 85,1,d; 86,c; 95,1; 111,5; 132,4 e 5; 133,5; 221; nel Trattato CECA gli artt.: 3,b; 4,b; 54; 60,1; 63,1; 66,2; 69,1 e 4; 70; nel Trattato Euratom gli artt.: 52; 68; 70,4; 84,1; 93,2; 96; 97.

10. Per VAN HECKE ("La notion de discrimination" in Les aspects juridiques du marche' commun, 1958, p.127 ss., a p.128) "on pourrait dire que tout le traite' n'est en quelque sorte que la mise en oeuvre de ce principe fondamental de l'interdiction de la discrimination en raison de la nationalite'"; per WOHLFARTH (in WOHLFARTH, EVERLING, GLAESNER, SPRUNG, Die Europaeische Wirtschaftsgemeinschaft - Kommentar zum Vertrag, 1960, Art.7, n.1, p. 15 ss., a p. 15) il Diskriminierungsverbot è "ein Leitmotiv des ganzen Vertrages"; per la SUNDBERG-WEITMAN (Discrimination on Grounds of Nationality - Free Movement of Workers and Freedom of Establishment under the EEC Treaty, 1977, p.10) il Trattato CEE "in its entirety aims at non-discrimination"; per CONSTANTINESCO ("La constitution economique de la C.E.E.", RTDE, 1977, p.244 ss., a p.275, enfasi nell'originale) "tout le droit communautaire, les Communautés europeennes, le Marche' commun et son fonctionnement normal sont inconcevable" senza il principio di non-discriminazione "qui, de facto ou de jure, penetre et regit toute la construction communautaire"; similmente per TEITGEN (Cours de droit institutionnel communautaire, 1974, a p.67) quello di non discriminazione e' un "principe qui domine l'ensemble de la construction communautaire".

11. Per cui ancora adesso potrebbe valere il timore, espresso dall'Avv. Gen. Lagrange (conclusioni al caso Wirtschaftsvereinigung Eisen- und Stahlindustrie, 13/57, Raccolta 1958, p.1229, a p. 334 s.), ad "(a)vventurarsi sull'infido terreno della discriminazione" appunto per la difficoltà di "(f)ormulare una teoria" compiuta e coerente della discriminazione in diritto comunitario.

12. Cio' puo' dirsi per i lavori di VAN HECKE "La notion de discrimination", op. cit., HOCHBAUM, Das Diskriminierungs- und Subventionsverbot in der EGKS und EWG, 1962, STEINDORFF, Der Gleichheitssatz im Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes, 1965, WYBO, Discrimination et Marche' Commun, 1966, BODE, Die Diskriminierungsverbote im EWG-Vertrag, 1968.

13. Così l'opera della SUNDBERG-WEITMAN, Discrimination on Grounds of Nationality ecc., cit., peraltro ricca di spunti e riferimenti bibliografici, si occupa soltanto della garanzia dell'eguaglianza in relazione alla materia della circolazione del lavoro nel mercato comune, senza alcuna pretesa di giungere a conclusioni di portata piu' generale in merito al rapporto fra principio di eguaglianza e diritto comunitario.

14. Per riprendere l'efficace espressione con cui BIEBER, JACQUE' e WEILER hanno intitolato un saggio a loro cura di commento alla proposta del Parlamento Europeo di un Trattato istitutivo della "Unione Europea" (An Ever Closer Europe - A Critical Analysis of the Draft Treaty Establishing an European Union, 1985).

15. Cfr. sul punto le osservazioni del CAPPELLETTI, "Necessità et legittimità de la justice constitutionnelle", Rev. int. dr. comp., 1981, p.625 ss., in particolare p.628 ss.

16. CARETTI, CHELI, "L'influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale", in PIZZORUSSO, VARANO (a cura di), L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei, 1985, II, p.1013 ss., in particolare a p.1028.

17. Cfr., da prospettive diverse, SHAPIRO (M.), Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review, 1966, a p. 34 ss., SASSE, "La protection des droits fondamentaux dans la Communauté europeenne", in Melanges Fernand Dehousse, 1979, II, p.297 ss., in particolare a p.300, CAPPELLETTI, "Necessità et legittimità" ecc., cit., a p. 630 ss.

18. Per una analisi di tale tendenza su scala mondiale cfr. i vari interventi in FAVOREU, JOLOWICZ (p.p.), Le Controle Juridictionnel De Lois, 1985.

19. Conformi CARETTI, CHELI, op. cit., a p.1021 ove si rinvia, per simili sviluppi nelle esperienze della giustizia costituzionale spagnola e della Germania Federale, a SALAS, "Il Tribunale costituzionale spagnolo, ecc.", cit., a p. 635 s., e SCHLAICHE, "Corte costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania", ibid., 1982, p. 557 ss., a p. 567 s.

20. Al punto che e' stata addirittura avanzata la proposta di modificare i curricula delle scuole giuridiche inserendo come autonoma materia di insegnamento l' "Equal Protection Law": cfr. LARSON, "Discrimination as a Field of Law", Washburn Law J., 1979, p. 413 ss., per cui "time has come to recognize discrimination as a field of law, with its own place in the books, the indexes and the curriculum".

21. Così', ad esempio, sentenze pronunziate nei primi anni dell'integrazione in riferimento all'art.4,b del Trattato di Parigi vengono analizzate perche' in esse si definiscono alcune costanti della "retorica" della Corte di giustizia in tema di eguaglianza (v. infra, sub III.1-3), mentre sentenze in materia di liberta' di stabilimento e libera circolazione dei servizi rilevano per il problema delle c.d. "discriminazioni a rovescio" (v. infra, sub V.1.1.2.).

22. Chiariamo che d'ora in poi gli articoli di disposizioni normative richiamati senza alcun ulteriore riferimento si intenderanno implicitamente riferiti al trattato istitutivo della Comunita' Economica Europea ("Trattato di Roma" o "Trattato").

23. Non viene presa dunque in considerazione la giurisprudenza ex art.51 che, riguardando la particolare materia della sicurezza sociale dei lavoratori, per ragioni sistematiche viene di solito trattata in dottrina separatamente, per lo piu' in una con la disciplina della Politica Sociale comunitaria di cui agli artt.117-128.

24. L'art.37, che pure e' ricompreso nel Capo intitolato alla "abolizione delle restrizioni quantitative tra gli Stati membri", non viene fatto oggetto di analisi sia per la specialita' del fenomeno da esso disciplinato (il riordinamento alla luce dei principi del mercato comune dei monopoli nazionali aventi carattere commerciale), sia soprattutto perche', con la scadenza del periodo transitorio e con l'emergere nella giurisprudenza della Corte di una nozione assai lata di "misura

di effetto equivalente", esso sembra aver perso del tutto rilevanza (cfr. in tal senso le osservazioni di WYATT, DASHWOOD, The Substantive Law of the EEC, 1980, p.120, e della Commissione in Manghera, 59/75, Raccolta 1976, p.91, a p.94 s.; sulla ambiguita' sul punto della Corte di giustizia v. invece OLIVER, Free Movement of Goods in the EEC, 1982, p.219 ss.).

25. Secondo la ricostruzione della "costituzione economica" della CEE proposta dal CONSTANTINESCO, op. cit., in particolare a p. 254 ss.

26. Si pensi, ad esempio, all'incidenza che sistemi di prezzi amministrati per finalita' congiunturali possono avere sul funzionamento dei mercati agricoli o sulla libera circolazione delle merci (v. infra, sub V.1.1.1., note 87-89 e testo relativo) o, piu' in generale, al fenomeno in seguito illustrato (sub V.1.3.) delle "discriminazioni per frazionamento normativo".

27. Cio' e' vero soprattutto per la materia dell'agricoltura, la cui disciplina si compone di una serie quanto mai numerosa di regolamenti e direttive del Consiglio e della Commissione.

28. In particolare in relazione al loro dovere di eliminare ostacoli alla libera circolazione delle merci e delle persone.

29. "Discriminazioni private" possono prodursi in tutti e tre i settori: cfr. gli esempi dati infra, sub IV.1.2. e sub VII.1.3.

30. Ad esempio, quello della equita' redistributiva in relazione alla organizzazione dei mercati agricoli e quello della pari dignita' umana in relazione al divieto di discriminazioni fra lavoratori subordinati: v. infra, sub V.2.2. e sub V.2.6.

31. Sulle quali v. NASCIMBENE, Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo, 1984, a p. 467 ss.

## NOTE AL CAPITOLO I

1. ARISTOTELE, Ethica Nicomachea, V.3.1131, a e b, (trad. W. Ross, 1925). Cfr. KELSEN, "Aristotle's Doctrine of Justice", in What Is Justice?, 1957, p.110 ss., in particolare a p.127 s.

2. I richiami all'enunciato di Aristotele sono frequenti negli studi sul tema: cfr., p.e., POLYVIUO, The Equal Protection of the Laws, 1980, a p. 7 s., WESTEN, "The Empty Idea of Equality", Harvard Law Rev., 1982, p.537 ss., a p. 542 s, e gli altri Autori ivi citati.

3. Non a caso tale formula emerge quasi immediatamente ogni qual volta degli organi giudicanti sono chiamati a confrontarsi con il principio di eguaglianza: cfr. le coincidenti statuizioni sotto questo profilo, sin dagli albori della loro giurisprudenza sul tema, della Corte costituzionale italiana (v. gia', implicitamente, la sentenza 26 gennaio 1957, n.3, Giur. cost., 1957, p.11 ss., con osservazione MORTATI, in particolare a p.17, ed in seguito le sentenze 29 marzo 1960, n.16, Giur. cost., 1960, p.164 ss., con osservazione MORTATI, in particolare a p.178, 7 febbraio 1963, n.7, Giur. cost., 1963, p.61 ss., con osservazione PALADIN, in particolare a p.67, e 12 dicembre 1963, n.168, Giur.cost., 1963, p.1644 ss., con osservazione MAZZIOTTI, in particolare a p.1673), del Bundesverfassungsgericht tedesco (sentenza 23 ottobre 1951, BVerfGE 1, 14, a p. 52; ma v. anche, piu' di recente, le sentenze del 16 ottobre 1979, BVerfGE 52, 256, a p.262, del 29 aprile 1981, BVerfGE 57, 107, a p. 115, del 16 marzo 1982, BVerfGE 60, 123, a p.133 s., del 15 giugno 1983, BVerfGE 64, 229, a p.239, del 10 gennaio 1984, BVerfGE 66, 66, a p.75), del Conseil Constitutionnel francese (che sembra far propria, tuttavia, soltanto la prima parte della nozione "aristotelica", affermando la facolta' e non l'obbligo del trattamento diverso del diverso: cfr. la sentenza 9 gennaio 1980, Recueil Dalloz-Sirey, Jurisprudence, 1980. p.420 s., con nota di HAMON, a p.420, e, per altra giurisprudenza, LEBEN, "Le Conseil Constitutionnel et le principe d'egalite' devant la loi", Rev. Dr. Public, 1982, p.295 ss., a p. 314 s.). Per quanto riguarda la Corte di giustizia delle Comunita' Europee v. ampiamente infra, sub III.1.

4. Il vizio argomentativo piu' diffuso (e piu' criticabile, dato l'offuscamento che ne deriva delle scelte di valore che necessariamente orientano un qualsiasi "giudizio di

eguaglianza") e' quello di partire dalla enunciazione della massima, e di farne poi applicazione nel caso concreto senza dare alcun conto del profilo rispetto al quale l'eguaglianza o la diversita' viene valutata e, soprattutto, delle ragioni per le quali tale profilo, e non un altro, viene utilizzato a tal fine. Per esemplificare, date due fattispecie A e B sottoposte ad un trattamento (normativo) differenziato, la giustizia (la legittimita') di tale trattamento potra' essere affermata, in coerenza con l'enunciato aristotelico, indicando le obbiettive ed inconfutabili diversita' delle due fattispecie in relazione al profilo x; ma ad un risultato esattamente opposto potrebbe giungersi, sempre in applicazione del principio, qualora si desse invece rilievo al profilo y rispetto al quale, in ipotesi, le due fattispecie si presentano con caratteristiche comuni. L'individuazione del profilo, e la scelta del criterio in base al quale operare tale individuazione, rappresentano dunque un passaggio logico essenziale e necessitato della retorica dell'eguaglianza: non esplicitarlo, significa dar luogo ad un procedimento argomentativo "monco", e come tale incontrollabile, con il rischio peraltro che, a causa della intuitiva validita' dell'enunciato per cui e' giusto trattare egualmente cio' che e' eguale e disegualmente cio' che e' diseguale, tale vizio non si colga e venga ritenuto dimostrato cio' che dimostrato non e'. Un effetto della mancata accentuazione del carattere intrinsecamente relazionale del "giudizio di eguaglianza" e' individuabile in quelle teoriche, soprattutto tedesche (v. LEIBHOLZ, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 1959, II ed., a p.38 ss. e 45 ss., BOECKENFOERDE, Der allgemeine Gleichheitsatz und die Aufgabe des Richters, 1974, a p.69), che hanno ritenuto di poter contrapporre, quali categorie utilizzabili nell'ambito del giudizio, una "eguaglianza aritmetica-matematica" o "assoluta" ad una "eguaglianza proporzionale" o "relativa", su cui v., in senso giustamente critico, ROSSANO, L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale, 1966, a p.226 ss.

5. " . . . equality is entirely '(c)ircular'. It tells us to treat like people alike; but when we ask who 'like people' are, we are told that they are 'people who should be treated alike'. Equality is an empty vessel with no substantive moral content of its own. Without moral standards, equality remains meaningless . . . equality is tautological" : WESTEN, "The Empty Idea" ecc., cit., a p.547. Come sostenuto nel testo, la enunciazione "aristotelica" del principio di eguaglianza piu' che tautologica e' semmai incompleta: una volta esplicitato il sistema di valori sostanziali al quale rifarsi nella individuazione del tertium comparationis per la qualifica delle fattispecie come eguali o diverse, essa appare internamente coerente ed idonea ad evidenziare la specifica funzionalita' del principio. In realta' le critiche di tautologismo nascono spesso

da una mancata distinzione fra la norma (reale) sottoposta a scrutinio e la norma (ideale) che il rispetto del principio di eguaglianza impone venga adottata: perche' se e' vero che "to say that two persons are the same in a certain respect is to presuppose a rule - a prescribed standard for treating them - that both fully satisfy" e che "after such a rule is established, equality between them is a 'logical consequence' of the established rule" consistente semplicemente nell'esatta applicazione di tale norma (WESTEN, op. ult. cit., p.548 s.), non per questo ne consegue che l'enunciato sia tautologico e percio' inutilizzabile per valutare "the content or wisdom of the governing rule" (ibid.), giacche' nella pratica giudiziale "governing rule" e "prescribed standard" saranno cose diverse, e precisamente la norma oggetto del controllo di legittimita' ed il parametro in base al quale tale controllo viene svolto.

6. Che due entita' eguali in ogni rispetto siano in realta' - la stessa entita' e' sostenuto, richiamando il principio leibniziano della identita' dell'indiscernibile, da BEDAU, "Egalitarianism and the Idea of Equality", 9 Nomos: Equality, 1973, p. 3 ss., a p.8; ma v. anche ROSSANO, L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale, cit., a p.224, e PERELMAN, "Equity and the Rule of Justice", in Justice, Law and Argument. Essays on Moral and Legal Reasoning, 1980, p.34 ss., a p.35.

7. Cfr. WESTEN, op. ult. cit., a p.544, ove si osserva come soltanto forme e simboli immateriali, quali i numeri ideali e le figure geometriche, possono essere eguali in ogni rispetto. Similmente v. anche TAMMELLO, "Equality as the Core of Justice", Arch. fuer Rechts und Sozialphilosophie, 1966, p.135 ss., a p.138.

8. Sul punto concordano la maggior parte degli Autori: cfr. BROWNE, "Nonegalitarian Justice", Australasian J. Phil., 1978, p.48 ss., a p.51; HART, The Concept of Law, 1966, p.155 s.; HESSE, "Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht", Arch. d. oeff. Rechts, 1951/1952, p. 167 ss., a p.172 e p.216; NEF, Gleichheit und Gerechtigkeit, 1941, alle pp.18, 41 e 105; ROSSANO, L'eguaglianza giuridica ecc., cit., a p.224 (che richiama altra letteratura tedesca).

9. Cfr. HAWKINS, The Science and Ethics of Equality, 1977, p.11 s.

10. E' questa la tesi radicalmente critica dello WESTEN, op. cit., gia' in parte richiamata e sulla quale ci si diffondera' fra breve, sub I.2.6.

11. Di una "presumption of equality" parlano BROWNE, "The Presumption of Equality", Australasian J. Phil., 1975, p.46 ss., BEDAU, "Egalitarianism" ecc., cit., a p.19, BERLIN, "Equality as an Ideal", in OLAFSON (ed.) Justice and Social Policy, 1961, p.128 ss., a p.131. In realta' questi Autori, col sostenere talora che la presunzione imporrebbe di giustificare "soltanto" trattamenti normativi differenziati (cfr., p.e., BEDAU e BERLIN, locc. ultt. citt.), sembrano non cogliere quanto osservato nel testo, e cioe' che ogni norma e' sempre in qualche rispetto fonte di differenziazioni (e di parificazioni), e si prestano cosi' a facili critiche (di nuovo, WESTEN, op. ult. cit., p.571 ss.); al contrario, la figura della "presunzione di eguaglianza" puo' essere fatta salva se la si utilizza nel senso da noi indicato, e cioe' come fondamento di un - generalizzato onere di giustificazione delle classificazioni normative.

12. Naturalmente un atto o comportamento normativo di cui sia accertata 'la discriminatorietà' puo' nondimeno venire legittimato attraverso il richiamo di altri valori o interessi tutelati dall'ordinamento diversi da quello dell'eguaglianza e su di esso prevalenti: ma questo e' il distinto profilo delle "deroghe" alla operativita' del principio, su cui ci si diffondera' in seguito (sub 2.2.).

13. E' chiaro che l'effetto classificatorio sussistera' non solo nel caso in cui la norma esplicitamente distribuisca maggiori benefici o oneri a certi soggetti o classi di soggetti piuttosto che ad altri, ma anche allorquando tale risultato derivi indirettamente dall'aver scelto una particolare misura che nei fatti, al di la' del proprio ambito formale di applicabilita' soggettiva, finisce con l'avvantaggiare o lo svantaggiare certi soggetti piu' di altri (conforme ELY, "Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law", Yale L. J., 1970, p.1205 ss., a p.1223, nota 55).

14. Sul carattere necessariamente classificatorio degli atti o comportamenti normativi cfr. TUSSMAN, TEN BROEK, "The Equal Protection of the Laws", California Law Rev., 1949, p.341 ss., a p.343 s. V. anche WILSON, Equality, 1966, a p.121 e BOECKENFOERDE, Der allgemeine Gleichheitsatz ecc., cit., p.74.

15. Secondo una certa dottrina (PALADIN, Il principio costituzionale d'eguaglianza, 1965, p.146 ss. e p.193 s.) che risolve il principio d'eguaglianza essenzialmente nell'obbligo di universalita' delle discipline normative, l'onere di giustificazione si porrebbe soltanto per le leggi "speciali" o "di eccezione": trattamenti normativi indifferenziati, in forma generale ed astratta, di situazioni diverse andrebbero pertanto esenti da controllo giudiziale in punto di eguaglianza di fronte alla legge, dando semmai origine ad un problema di giustizia materiale la cui soluzione esulerebbe dalla competenza del giudice costituzionale. Tuttavia, com'e' stato correttamente rilevato (ROSSANO, L'eguaglianza giuridica ecc., cit., p.321 ss.), quello di universalita' della legge e' concetto ambiguo poiche', data una disposizione normativa, sara' sempre logicamente possibile ipotizzare rispetto a questa una disciplina piu' "generale", cio' che finisce col vanificare l'indicato limite all'operativita' del principio di eguaglianza. Simili considerazioni possono peraltro valere quanto all'altro effetto che tale dottrina (ibid., p.178 ss.) ritiene - possa essere derivato dal principio, e cioe' il divieto delle "leggi personali": per riprendere una chiara e autorevole critica (MORTATI, Istituzioni di diritto pubblico, 1976, IX ed., p.1021), "una volta ammessa la validita' di norme di eccezione sulla base della loro 'giustificatazza', non si riesce a spiegare come questo stesso criterio non debba essere invocato a sostegno di una legge personale, quando si dimostri che l'eccezionalità della situazione si presenta solo nei riguardi di uno o piu' soggetti determinati".

16. Tale effetto (cosi' come la previsione di obblighi "positivi", di cui si dira' fra breve), a differenza dell'onere di giustificazione delle classificazioni normative che e' conseguenza immediata del riconoscimento dell' "eguaglianza di fronte alla legge", appare invece non necessario, dipendendo dalla nozione materiale di eguaglianza accolta dall'ordinamento, e, soprattutto, dal grado di "profondita'" del controllo giudiziale in applicazione del principio che l'ordinamento stesso ammette come legittimo, aspetti sui quali v. infra, sub 1.3. e 3.

17. Questa tesi potrebbe trovare un qualche suffragio nelle osservazioni del MORTATI a proposito dell'efficacia giuridica dei principi costituzionali c.d. "programmatici" (Istituzioni ecc., cit., a p.149, enfasi aggiunta; ma v. gia' in precedenza le simili tesi in Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato, 1959-1960, a p.119 ss.) allorché, pur riconoscendo che resta "affidata all'azione delle forze politiche" l'ottemperanza dell'obbligo che ne discende sul legislatore "di creare gli istituti e di emettere le regole materiali idonee a

dare loro attuazione", sostiene tuttavia che essi possono essere fatti valere "dal giudice della costituzionalità della legge, specie quando il legislatore, anziché mantenersi in uno stato di inerzia, disponga sulla materia regolata dai principi in modo da non informarsi ad essi o da contrastare con i medesimi".

18. A proposito di un "freezing effect" in questa limitata accezione v. ELY, "Legislative and Administrative Motivation" ecc., cit., a p.1295 s.

19. V. quanto osservato supra, alla nota 16. Per un esempio cfr. l' "equality of respect model" del BAKER, "Outcome Equality or Equality of Respect: The Substantive Content of Equal Protection", Univ. of Pennsylvania Law Rev., 1983, p.933 ss., in cui, posto come principio-base di giustizia distributiva quello della piena e consapevole partecipazione degli individui alla vita sociale e politica, se ne deriva l'obbligo per lo Stato di garantire ai consociati appunto quei beni e quelle opportunità che appaiano indispensabili in vista di tali finalità'.

20. Si tratta di una letteratura quanto mai vasta: v. per tutti, e per ulteriori riferimenti bibliografici, la monografia del FULLWINDER, The Reverse Discrimination Controversy: A Moral and Legal Analysis, 1980, e DUNCAN, "The Future of Affirmative Action: A Jurisprudential/Legal Critique", Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Rev., 1982, p.503 ss. Per il modo in cui il problema è emerso in alcuni Stati europei, soprattutto in riferimento alla garanzia della parità di trattamento delle minoranze linguistiche v. poi DE WITTE, The Protection of Linguistic Diversity Through Fundamental Rights, Tesi di dottorato presso l'Istituto Universitario Europeo, 1985, p.543 ss.

21. KARST, "Why Equality Matters", Georgia Law Rev., 1983, p.245 ss., a p.284 ss: l'Autore sviluppa tali considerazioni avendo presente la "emotional force of constitutional equality in the political culture of today's America" (p.249 s.) quale risulta dalla specifica esperienza storica statunitense, ma la sua analisi sembra senz'altro generalizzabile ed applicabile a qualsiasi altro sistema politico di cultura occidentale. Interessanti ci sembrano anche le osservazioni dell'Autore sul legame tra tale effetto "simbolico" della garanzia dell'eguaglianza e la funzione di stabilizzazione e legittimazione dell'ordine sociale esistente svolta dal potere giudiziario: "(O)ur legal institutions and our courts, in particular, have a special role to play in nourishing a national

community, and the idea of equality is critical to their performance of that role . . . Our courts perform a special function in promoting the sense of community, a function that legislative bodies, . . . (being) political market places, where private interests are aggressively pursued, . . . cannot easily perform". Sulla valenza di simili argomentazioni in riferimento al processo integrativo comunitario v. infra, sub II.2.

22. ESPOSITO, "Eguaglianza e giustizia nell'art.3 della Costituzione", in La Costituzione italiana, 1954, p. 17 ss., in particolare a p.30, ove, appunto nell'interpretazione dell'art.3, primo comma della costituzione italiana, si sostiene: ". . . il vero e' che la disposizione che i cittadini sono eguali davanti alla legge, secondo interpretazione letterale e sistematica, non puo' significare che in genere il contenuto delle leggi debba essere identico oppure conforme a giustizia per tutti i cittadini, ma puo' significare solo che la potesta' della legge e' uguale, identica per tutti, sicche' non vi e' piu' in Italia principe o suddito sciolto dalle leggi, e non vi sono piu' sottoposti a potesta' legislativa diversa da quella degli altri cittadini, e non vi e' piu' 'personalita' della legge, ne' pluralita' di ordinamenti in corrispondenza alle varie categorie di soggetti". La teoria, condivisa da vari altri Autori e' stata ripresa nella ricordata monografia del ROSSANO, op. cit., pp. 248 ss. e 347 ss., che richiama le posizioni conformi di vari altri Autori (Grassi, Finocchiaro, Cicconetti, cit. a p.308 ss.) e le simili teoriche tedesche che, in riferimento all'art.109, comma I della Costituzione di Weimar prima, e all'art.3 della Grundgesetz poi, hanno risolto il principio di eguaglianza nel principio di legalita' affermando che esso vincola solo i poteri esecutivo e giurisdizionale all'applicazione imparziale della legge (ibid., a pp. 147 s. e 189 ss.).

23. Per il ROSSANO (op. cit., p.278 s.) tale controllo potrebbe svolgersi soltanto qualora il testo costituzionale individuasse espressamente i profili rispetto ai quali il legislatore e' tenuto a considerare gli individui come eguali o diversi: cio' che secondo l'Autore accadrebbe nell'ordinamento italiano con i criteri di classificazione richiamati dall'art.3, I comma. Sul significato che a nostro avviso va invece attribuito a clausole di tal genere, v. quanto osservato a proposito dei "criteri sospetti di classificazione" infra, sub 1.4.

24. Cio' e' esplicitamente ammesso dal FINOCCHIARO, Uguaglianza giuridica e fattore religioso, 1958, a p.44 s.

25. Cio' viene riconosciuto dal ROSSANO, op. cit., p.305, nota 104 e p.349, nota 279, il quale ritiene che in tal caso si dovrebbe dar vita ad una "penetrante interpretazione" si' da porre in luce l'effettiva disciplina dettata dalla legge in merito al proprio ambito di efficacia.

26. Si pensi allo "Stato di polizia" settecentesco in cui l'emergente subordinazione alla legge dei poteri pubblici (in particolare della pubblica amministrazione) coesiste con il permanere di aree di "privilegio giuridico": cfr. MORTATI, Lezioni sulle forme di governo, 1973, p.12 ss., soprattutto p.22 ss.

27. Cfr., ad esempio, ROSSANO, op. cit., a p.340, che dall'assunto (contestabile) per cui dal principio di eguaglianza non sarebbe possibile derivare alcun criterio per la valutazione della giustizia o meno delle differenziazioni normative operate dal legislatore, critica il controllo di ragionevolezza esercitato ai sensi dell'art.3, I comma dalla Corte costituzionale italiana, sulla base del consueto argomento per cui in tal modo all'arbitrio del legislatore, sanzionabile politicamente, si sarebbe illegittimamente sostituito l' "arbitrio dei giudici", e cioe' di una istituzione priva di responsabilita' politica.

28. WESTEN, "The Empty Idea" ecc., cit.. Questa teorica ha suscitato vivaci critiche da parte di vari studiosi statunitensi (cfr: BURTON, "Comment on 'Empty Ideas': Logical Positivist Analyses of Equality and Rules", Yale Law J., 1982, p.1136 ss., CHEMERINSKY, "In Defense of Equality: A Reply to Professor Westen", Michigan Law Rev., 1983, p.575 ss., D'AMATO, "Is Equality a Totally Empty Idea?", ibid., p.600 ss., GREENAWALT, "How Empty is the Idea of Equality?", Columbia Law Rev., 1983, p.1167 ss., KARST, "Why Equality Matters", cit.; ma v. anche NASH, "In Re Radical Interpretations of American Law: The Relation of Law and History", Michigan Law Rev., 1983, p.274 ss., a p.336 e PERRY, "Equal Protection, Judicial Activism, and the Intellectual Agenda of Constitutional Theory: Reflections on, and beyond, Plyler v. Doe", Univ. of Pittsburgh Law Rev., 1983, p.329 ss., a p.333) cui han fatto seguito altrettanto convincenti repliche da parte dello Westen (cfr.: "On Confusing Ideas: Reply", Yale Law J., 1982, p.1153, "The Meaning of Equality in Law, Science, Math and Morals: A Reply", Michigan Law Rev., 1983, p.604 ss., "To Lure the Tarantula from its Hole: A Response", Columbia Law Rev., 1983, p.1186 ss., "The Concept of Equal Opportunity", Ethics, 1985, p.837 ss.)

29. WESTEN, "The Empty Idea" ecc., cit., passim e in particolare p.542; cfr. anche p.547 ("Without moral standards, equality remains meaningless, a formula that can have nothing to say about how we should act. With such standards, equality becomes superfluous, a formula that can do nothing but repeat what we already know") e p.560 (" . . . the equality formula presupposes anterior constitutional standards for ascertaining 'likeness' and 'unlikeness'. Yet once we ascertain the anterior constitutional standards . . . our substantive work is complete"; enfasi nell'originale).

30. Posizioni simili a quelle dello Westen erano già emerse nella dottrina statunitense, ma non avevano mai dato origine ad un attacco così radicale al principio: cfr., ad esempio, LUPU, "Untangling the Strands of the Fourteenth Amendment", Michigan Law Rev., 1979, p.981 ss., alle pp. 985, 1060 ss., 1073; FULLWINDER, The Reverse Discrimination Controversy ecc., cit., p.222 s.; TRIBE, American Constitutional Law, 1978, p.991 ss.; ma v. anche i rilievi del giudice della Supreme Court Stewart nella concurring opinion al caso San Antonio Indep. School Distr. v. Rodriguez, 411 U.S. 1, a p.59 ss. (1973).

31. Similmente, nel senso che il principio di eguaglianza risulta violato anche da norme che, senza aggravare lo status di alcuna categoria di soggetti, ingiustificatamente migliorano quello di un'altra, v. MORTATI, Istituzioni ecc., cit., a p. 1031.

32. Così il Westen finisce col ricondurre il divieto di discriminazioni razziali ad un "right to be free from racial injury" ("The Empty Idea" ecc., cit., p.564 ss., in particolare p. 568), ed il "controllo di razionalità" delle classificazioni normative a "notions of substantive due process" (ibid., p.577). Ma l'equivoco è evidente: per dirla con il KARST, "Why Equality Matters", cit., p.249, "If we were to recast this constitutional claim to equality in the language of substantive right, we might speak of the right not to be stigmatized by the organized community . . . But if the core meaning of stigma is treating someone as less than an equal, then the idea of equality is not merely derivative, but the essence of the substantive claim" (enfasi dell'Autore).

33. Questa ambiguità sembra essere all'origine dell'analisi dello Westen allorché, nelle prime pagine del suo lavoro, egli contrappone "rights" e "equality" specificando

appunto che per "equality" intende la proposizione per cui " 'people who are alike should be treated alike' and its correlative, that 'people who are unlike should be treated unlike' ", mentre con il termine "rights" egli si riferisce a "all claims that can justly be made by or on behalf of an individual or a group of individuals to some condition or power - except claims that 'people who are alike be treated alike' " (p.537 ss., l'enfasi e' nostra): la distinzione, chiaramente priva di fondamento dogmatico (l'eguaglianza costituisce un principio normativo da cui possono senz'altro derivarsi stati giuridici soggettivi e quindi anche a diritti), consente di spiegare le successive argomentazioni dell'Autore, criticate nel testo. Diversa questione, naturalmente, e' poi se il mero riconoscimento dell'eguaglianza fra le norme di legalita' superiore possa ritenersi di per se' fonte di diritti soggettivi (o interessi legittimi), questione strettamente connessa con quella sulla esistenza e sul contenuto della categoria dei "diritti pubblici soggettivi": sul punto, diffusamente, v. ROSSANO, op. cit., p.424 ss., cui adde MORTATI, Istituzioni ecc., cit., a p.1023 s., BISCARETTI di RUFFIA, "Uguaglianza", in Novissimo dig., 1973, vol.XIX, p.1088 ss., a p.1089, BARILE (P.), Diritti dell'uomo e liberta' fondamentali, 1984, a p.78 s.).

34. WESTEN, "The Empty Idea" ecc., cit., a p.577 s.

35. Genericamente, sul punto, v. TRIBE, American Constitutional Law, cit., per il quale il principio di eguaglianza, come parametro per il controllo della legittimita' di atti o comportamenti normativi, "(o)ffers alluring alternatives for constitutional arguments" (p.565), dando origine ad un vero e proprio "modello" di giustizia costituzionale (p.991 ss.). V. anche, in diretta polemica con le tesi dello Westen, KARST, "Why Equality Matters", cit., passim.

36. Cfr. in proposito quanto osservato nella Introduzione alla nota 5 e testo relativo.

37. Per fare un esempio in relazione al sistema giuridico oggetto della nostra indagine, si pensi alla diversita' che puo' sussistere, ai fini della rivendicazione da parte di un migrante di vantaggi ai sensi dell'art.48 del Trattato di Roma, fra l'argomentare di essere stato oggetto di una discriminazione fondata sulla nazionalita' e l'argomentare invece la lesione della propria liberta' di circolazione di lavoratore.

38. Il WESTEN (op. ult. cit., a p.593) concorda sul punto, ma ritiene che questa sia una ulteriore dimostrazione delle mistificazioni cui il ricorso al "linguaggio dell'eguaglianza" puo' condurre (" . . . because the proposition that likes should be treated alike is unquestionably true, it gives an aura of revealed truth to whatever substantive values it happens to incorporate by reference. As a consequence, values asserted in the form of equality tend to carry greater moral value and legal weight than they deserve on their merits. That is why arguments in the form of equality invariably place all opposing arguments on the 'defence' "). Ma l'Autore sembra non rendersi conto che in tanto il principio di eguaglianza gode di questa particolare "forza morale" in quanto attraverso la sua "forma neutra" si e' concretamente svolta, e ancora si svolge, la garanzia (o la lotta per la garanzia) di determinati assetti di "giusta" distribuzione di costi e benefici fra i consociati; e d'altro canto, se il principio fosse davvero "vuoto" come si sostiene, la parte posta sulla "difensiva" dovrebbe avere identiche opportunita' della controparte nell'utilizzare la "retorica dell'eguaglianza", e nel usufruire dei relativi vantaggi, per rigettarne le argomentazioni.

39. V. infra, sub 2. Sulla circostanza che il richiamo del principio di eguaglianza consenta di dare comunque rilievo agli "intenti" del legislatore nell'ipotesi in cui le altre norme utilizzate come parametro del controllo di costituzionalita' di per se' escludano indagini finalistiche, v. AGRO', "Commento all'art.3, I comma", in BRANCA (a cura di), Commentario della costituzione, 1975, p.123 ss., a p. 149 s.

40. La tesi, ben sviluppata in riferimento alla esperienza costituzionale degli Stati Uniti dal KARST ("Why Equality Matters", cit., p.280 ss.) emerge spesso nel dibattito giuridico di quel paese: sulla preferibilita', appunto per ragioni del genere, del ricorso alla "equal protection clause" invece che alla "due process clause" del XIV emendamento nel controllo di costituzionalita' v., p.e., la nota concurring opinion del giudice della Supreme Court Jackson nel caso Railway Express Agency, Inc. v. New York, 336 U.S. 106, a p.112 s. (1949).

41. Naturalmente, in riferimento a sistemi politici di "integrazione sovranazionale" quale quello delle Comunita' Europee, questo vantaggio, per cosi' dire, "tattico" del ricorso al "linguaggio dell'eguaglianza" - e cioe' la logica di cooperazione invece che di conflitto che attraverso di esso viene a ispirare il controllo di legittimita' - varra' non soltanto in riferimento al valore della rappresentativita' democratica (e

quindi alla dialettica organo giudicante - istituzioni democraticamente elette), ma anche rispetto al diverso valore della sovranita' statale ( e quindi alla dialettica istituzioni "sovranazionali" - istituzioni nazionali).

42. Come esempio delle difficolta' che incontra la formulazione di una chiara teoria della eguaglianza materiale protetta dall'ordinamento, v. le generiche e vaghe affermazioni sul punto, rispetto all'ordinamento italiano, del FRAGALI, "Aspetti del sindacato di costituzionalita' per lesione del principio di eguaglianza", in Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente, vol. VI, 1969, p.271 ss., a p. 281 ss. , li' ove afferma che il principio di eguaglianza, oltre al divieto dell'arbitrario, garantirebbe anche "(i)l valore preminente delle istanze (di eguaglianza) affermatesi nella normalita' della coscienza sociale e che riflette la coscienza stessa".

43. Cfr. le teoriche (richiamate supra, note 22 e ss. e testo relativo) sulla eguaglianza di fronte alla legge come divieto di leggi eccezionali: col. negare "l'esistenza di un rapporto di necessarieta' fra l'eguaglianza giuridica e la giustizia" (cosi', p.e., ROSSANO, op.cit., p.236 ss., in particolare p.240), esse sembrano non cogliere che, appunto per il suo carattere relazionale, il principio "rinvia" inevitabilmente a dati esterni, e che tali dati non possono essere altro se non la nozione di giustizia distributiva tutelata dal sistema giuridico.

44. V. le gia' ricordate, e criticate, tesi dello WESTEN, supra, note 28 e ss. e testo relativo.

45. E cioe' per indicare, in contrapposizione al concetto di eguaglianza "formale", le ipotesi in cui l'eguaglianza viene assicurata attraverso il trattamento differenziato di situazioni diverse, oppure per contrapporre ad esigenze di mera razionalita' interna dell'ordinamento altre, piu' sostanziali esigenze di giustizia distributiva, od ancora in altri sensi: sul punto, criticamente, ROSSANO, op.cit., p.233 ss.

46. E cioe' ad ordinamenti lato sensu riconducibili alla "forma" dello "Stato sociale" (sul concetto v., in generale, e per riferimenti bibliografici, MORTATI, Istituzioni ecc., cit., a p.142 s.). Cio' non esclude, naturalmente, che anche negli ordinamenti "liberali" classici si esprimesse una nozione

materiale di eguaglianza e si dessero "interventi" nel sociale dei poteri pubblici a garanzia di questa: l'errore comune che porta ad individuare nella sola liberta' il valore fondamentale ispiratore di tali ordinamenti nasce, di nuovo, dal non considerare che attraverso il principio "relazionale" dell'eguaglianza possono passare le piu' varie concezioni di giustizia distributiva (dunque anche quella che ritiene giusta, e protegge come tale, l'allocazione di vantaggi e svantaggi conseguente al libero operare delle forze di mercato).

47. Per la giurisprudenza statunitense, v. la concurring opinion del giudice Jackson nel caso Railway Express Agency, Inc. v. New York, cit., a p.111; per la giurisprudenza italiana, v. le posizioni della Corte costituzionale sin dalle prime sentenze in cui essa ha fatto applicazione del principio di eguaglianza (15 luglio 1959, n.46, Giur. cost., 1959, p. 743 ss., con osservazione CRISAFULLI; 29 marzo 1960, n.15, Giur. cost., 1960, p. 147 ss., con osservazione PALADIN; 29 marzo 1960, n.16, Giur. cost., 1960, p. 164 ss., con osservazione MORTATI; per altre pronuncie v. ROSSANO, op. cit., a p.341, nota 246, AGRO', "Contributo ad uno studio sui limiti della funzione legislativa in base alla giurisprudenza sul principio di eguaglianza", Giur. cost., 1967, p.900 ss., a p. 906 s., BARILE (P.), Diritti dell'uomo e liberta' fondamentali, cit., p.80 ss.); per la giurisprudenza della Repubblica Federale, v. le sentenze del Bundesverfassungsgericht del 23 ottobre 1951, (cit., a p.52 s.), del 20 febbraio 1952, (BVerfGE 1, 117, a p.140 s.), e, piu' di recente, del 24 marzo 1976 (BVerfGE 42, 64, a p.73) e del 26 febbraio 1985 (BVerfGE 69, 161, a p.168 s., ove e' anche un ampio esame della letteratura tedesca sul punto).

48. Cfr. innanzitutto MORTATI, Istituzioni di diritto pubblico, cit., a p. 1020 s. il quale, nel formulare la teoria interpretativa dell'art.3, I comma della Costituzione italiana che ha avuto maggiore successo, dottrinale e giurisprudenziale, risolve il principio di eguaglianza ivi codificato in un generale divieto di arbitrarieta' nella valutazione della diversita' delle situazioni regolate, divieto che consentirebbe di censurare qualsiasi esercizio di discrezionalita' normativa in contrasto con "le regole della logica" o perche' intrinsecamente contraddittorio ("a)llorche' dallo stesso testo della legge o dalle altre disposizioni ad esso collegate risulti l'inesistenza delle peculiarita' dei rapporti regolati che vengono allegare per giustificare i trattamenti" differenziati) o perche' prima facie privo "di ogni carattere di 'ragionevolezza' " (nel senso che tali peculiarita' appaiono palesemente inesistenti in punto di fatto); ma v. anche CRISAFULLI, "Ancora in tema di eguaglianza", Giur. cost., 1959, p.745 ss., a p.748 s., che sottolinea

l'equivalenza (anche se non l'identita') fra tale controllo e quello esplicito in sede di giustizia amministrativa sotto il profilo della illegittimita' per "travisamento dei fatti" o per "manifesta illogicita'". Nella letteratura statunitense insiste sulla derivabilita' dalla "equal protection clause" del XIV emendamento di un mero controllo di razionalita' il GUNTHER, "The Supreme Court, 1971 Term - Foreword: In Search of Evolving Doctrines on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection", Harvard Law Rev., 1972, p. 1 ss., in particolare a p.21 ss. Nel pensiero giuridico tedesco, incentrata sul concetto di divieto dell'arbitrario (Willkuer) e' la influente teoria del LEIBHOLZ, Die Gleichheit vor dem Gesetz, cit., sviluppata inizialmente in riferimento all'art.109,1 della Costituzione di Weimar e successivamente adattata all'art.3 della Grundgesetz (per l'Autore l'arbitrarieta' sussisterebbe quando manca un fondamento razionale per i criteri di classificazione, oppure se la fattispecie normativa e' inconciliabile con le conseguenze giuridiche dalla stessa previste, o se non c'e' rapporto fra la disposizione e lo scopo perseguito); ma v. anche FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I, 1973, X ed., p. 97 s. e p.245 s., LINK (Hrsg.), Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat. Symposium zum 80. Geburtstag von Gerhard Leibholz, 1982, passim, HESSE, "Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung", AOeR, 1984, p.109 ss., a p.174 ss.

Va ricordato che in dottrina si sono in realta' levate anche voci critiche nei confronti della praticabilita' ed utilita' di un "controllo di razionalita'" delle classificazioni normative in applicazione del principio di eguaglianza. Si veda a questo proposito soprattutto la (NOTE), "Legislative Purpose, Rationality and Equal Protection", Yale Law J., 1972, p.123 ss., che, proponendo argomenti spesso ricorrenti e non privi di una certa suggestivita', osserva come il "rationality test" costituisca un "empty requirement" ed un "misleading analytic device" poiche': 1) una norma, distribuendo vantaggi e svantaggi fra i soggetti da essa disciplinati in relazione ad una caratteristica ad essi comune sara' sempre "razionale", per lo meno rispetto allo scopo appunto di avvantaggiare o svantaggiare tali soggetti in conseguenza del fatto che condividono tale caratteristica, e 2) "manipulating the level of abstraction" sara' sempre possibile definire lo scopo perseguito in modo tale da rendere rispetto ad esso razionale la classificazione adottata; al che si puo' rispondere: 1) che la "presunzione di eguaglianza", derivabile come si e' visto dal riconoscimento normativo del principio, impone di giustificare (in questo caso, sotto il profilo della "razionalita'") appunto il perche' dell'avvantaggiare o svantaggiare solo i soggetti governati dalla norma e non anche altri soggetti, 2) che il "tayloring" dello scopo alla classificazione puo' consentire di escludere l'irrazionalita' della norma sotto il profilo del rispetto dei

principi della logica formale, ma non necessariamente anche sotto i profili, come di dira' distinti, della "falsita'" o della "inefficienza" della valutazione effettuata, e 3) che d'altro canto l'esplicitazione da parte dell'ente fonte dello scopo "razionalmente" perseguito consente comunque sanzioni politiche, o anche giuridiche qualora esso risulti in contrasto con altri valori di giustizia distributiva tutelati dall'ordinamento (e cioe', come 'si dira', "irragionevole").

49. Di un "neutrality model of equal protection" in riferimento appunto a tali teoriche (e a quelle che definiscono l'eguaglianza in termini di "procedural justice") parla il BAKER, "Neutrality, Process and Rationality: Flawed Interpretations of Equal Protection", Texas Law Rev., 1980, p.1029 ss., criticandone la pretesa che il controllo giudiziale in punto di eguaglianza cosi' esercitato non incarni valori sostanziali e non incida quindi sulla discrezionalita' del potere politico; ma v. anche, parimenti critico, TRIBE, "The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories", Yale Law J., 1980, p.1063 ss.

50. Così' CERRI, L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, 1976, p.62 e 101 ss.; ma in senso simile, sul fatto che il principio di eguaglianza mira a soddisfare una esigenza di coerenza logica dell'ordinamento, v. già' MAZZIOTTI. Il diritto al lavoro, 1956, p.106, e, in riferimento all'ordinamento svizzero, BURCKARDT, Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung vom 29.4.1874, 1931, p. 57 ss.

51. Cfr. CERRI, op. e loc. ult. cit., e "Nuove note sul principio di eguaglianza", Giur. cost., 1971, p.973 ss., a p.979 ss.

52. Cfr. CERRI, L'eguaglianza nella giurisprudenza ecc., cit., ibid..

53. Cfr. MORTATI, Istituzioni ecc., cit., a p. 1029, per il quale la valutazione giudiziale sulla congruenza fra diversita' delle situazioni a confronto e correlativa normazione va effettuata in base "ai canoni del senso comune" ed alle "regole della esperienza e della tecnica" (oltre che alla "logica" ed agli "apprezzamenti derivabili dalla coscienza sociale", su cui v. infra, alla nota 55).

54. Sul concetto e sulla sua utilizzazione nella giurisprudenza costituzionale italiana (soprattutto al fine di superare la presunzione di discriminatorietà di classificazioni "sospette" in base al sesso) v. PALADIN, "Eguaglianza (dir. cost.)", in Enc. dir., vol. XIV, 1965, p.519 ss., a p.533, MORTATI, Istituzioni ecc., cit., a p.1030 s., ZAGREBELSKY (G.), "Corte costituzionale e principio di eguaglianza. Relazione", in OCCHIOCUPO (a cura di), La Corte costituzionale tra norma giuridica e realta' sociale, 1978, p.103 ss., a p.106. Ma di Natur der Sache si e' parlato soprattutto nell'esperienza costituzionale tedesca: in dottrina v., fra gli altri e per ulteriori riferimenti bibliografici, STRATENWAERTH, Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache, 1957, SCHAMBECK, Der Begriff der "Natur der Sache", II ed., 1963, WIPFELDER, "Die Theoreme 'Natur der Sache' und 'Sachzusammenhang' als verfassungsrechtliche Zuordnungsbegriffe", DvBl., 1982, p.477 ss.; in giurisprudenza cfr. le sentenze del Bundesverfassungsgericht del 17 marzo 1959 (BVerfGE 9, 201, implicitamente a p.206), del 10 maggio 1960 (BVerfGE 11, 89, a p.98 s.), del 22 febbraio 1961 (BVerfGE 12, 205 a p.251), del 18 luglio 1967 (BVerfGE 22, 180, a p.217).

55. Cfr. la dissenting opinion del giudice della Supreme Court BRANDEIS in Quaker City Cab. Co. v Pennsylvania, 227 U.S. 389, a p. 406 (1927): "We call that action reasonable which an informed, intelligent, just minded, civilized man could rationally favour": ma v. nello stesso senso l'appena menzionato richiamo del MORTATI, op. e loc. ult. cit., agli "apprezzamenti derivabili dalla coscienza sociale" quale parametro per l'indagine del giudice dell'eguaglianza in punto di razionalita'.

56. Cfr. quanto osservato fra breve rispetto alle "classificazioni sospette"; ma si consideri anche il caso in cui, come avviene nelle Comunita' Europee, l'ordinamento riconosce come principio normativo superiore quello della libera concorrenza, allorché tale riconoscimento viene giustificato sul presupposto della verita' scientifica della teoria per cui i massimi livelli di efficienza economica si ottengono come effetto dell'autonomo funzionamento del mercato in base alla propria interna dinamica.

57. Cfr. POSNER, Economic Analysis of Law, 1977 (II ed.), p.10 s.

58. Cfr. BAKER, "Neutrality, Process and Rationality" ecc., cit., a p. 1036 s. e p. 1061 ss., e "Outcome Equality or Equality

of Respect: The Substantive Content of Equal Protection", Univ. of Pennsylvania Law Rev., 1983, p.933 ss., a p.992, che richiama simili critiche mosse altrove al concetto di efficienza utilizzato dai teorici dell'analisi economica del diritto ("Posner's Privacy Mistery and Failure of the Economic Analysis of Law", Georgia Law Rev., 1978, p.475 ss. e "The Ideology of the Economic Analysis of Law", Phil. & Pub. Aff., 1975, p.3 ss.).

59. Cfr. similmente LEIBHOLZ, Die Gleichheit ecc., cit., a p.75 ss.

60. Come riconosce l'Autore ult. cit. (ibid., p.76 e p. 248 s.) e come risulta dall'uso spesso ambiguo del termine "ragionevolezza" in giurisprudenza ad indicare vuoi la palese incongruenza della disciplina con nozioni di conoscenza comune, vuoi appunto l'ingiustizia della (in se' razionale) classificazione normativa adottata.

61. Per una esposizione dell'etica di RAWLS (formulata in A Theory of Justice, 1971: per il profilo qui in esame, v. in particolare le pp. 60, 83, 102 s.), interpretata quale fondamento per un "outcome equality model" (vale a dire un modello di giustizia distributiva che obbliga al conseguimento di una definita allocazione di vantaggi e svantaggi fra i consociati), e per una sua rivisitazione a favore di un "equality of respect model" che consenta di sfuggire alle critiche ad essa mosse di essere internamente incongruente e di portare all'"amministrativizzazione della politica", v. BAKER, "Outcome Equality or Equality of Respect" ecc., cit., a p. 949 ss.

62. Cfr. ALEXANDER, "Modern Equal Protection Theories: A Metatheoretical\* Taxonomy and Critique", Ohio State Law J., 1981, p.3 ss., a p. 24 ss., in merito all'applicabilita' alla problematica della eguaglianza di fronte alla legge della teoria utilitaristica espressa da BENTHAM in An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 1789.

63. E' la tesi, proposta in riferimento all'esperienza costituzionale statunitense, dal FISS, "Groups and the Equal Protection Clause", Phil. & Pub. Aff., 1976, p.107 ss., sulla quale v. i commenti critici di BREST, "The Supreme Court, 1975 Term - Forward: In Defense of the Antidiscrimination Principle", Harvard Law Rev., 1976, p.1 ss., a p.48 ss., che ne sottolinea l'inconciliabilita' con la "filosofia" individualista e liberale solidamente radicata nella cultura della societa' americana.

64. Ci riferiamo qui alla celebre "footnote four" della sentenza della Supreme Court in U.S. v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, a p.152 s. (1938), in cui il giudice relatore STONE affermo' appunto la sottoponibilita' a controllo in base al principio di eguaglianza soltanto di atti normativi "(w)hich restrict the political process", oppure diretti a "discrete and insular minorities". Com'e' noto questo approccio e' stato ripreso e rielaborato di recente dall' ELY, il piu' convinto assertore della risoluzione della judicial review of legislation nella sola garanzia dei "participational values" (v. "The Supreme Court, 1977 Term - Foreword: On Discovering Fundamental Values", Harvard Law Rev., 1978, p.5 ss.; "Toward a Representation - Reinforcing Mode of Judicial Review", Modern Law Rev., 1978, p.451 ss., in particolare a p.454, nota 13; e soprattutto la monografia Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review, 1980); ma v. anche il primo dei tre principi in cui si compendia l' "equality of respect model" elaborato dal BAKER, "Outcome Equality or Equality of Respect" ecc., cit., a p.959, e cioe' il "political participation principle" per cui equal protection significa innanzitutto garanzia del diritto fondamentale di ciascuno di prender parte al processo politico attraverso il quale si definisce ed attua la "societa' giusta".

65. Cfr. TRUBECK (L.), TRUBECK (D.), "Civic Justice Through Civil Justice: A New Approach to Public Interest Advocacy in the United States", in CAPPELLETTI (ed.), Access to Justice and the Welfare State, 1981, p.119 ss., in particolare a p.120.

66. Così' puo' essere interpretato il terzo principio del ricordato modello del BAKER, op. e loc. ult. cit., appunto il "just wants principle"; ma nello stesso senso potrebbe anche leggersi il disposto dell'art.3, II comma, della Costituzione italiana, l' ove prevede la rimozione degli ostacoli che impediscono, fra l'altro, l'effettiva partecipazione di tutti i cittadini alla organizzazione politica del Paese (cfr. BARILE (P.), Diritti dell'uomo ecc., cit., a p.93 s.).

67. Cfr. le critiche mosse sotto tale profilo dal BAKER, "Neutrality, Process and Rationality" ecc., cit., in particolare a p.1061 ss., il quale dimostra come dietro alla conclamata "neutralita'" di questo o altri modelli di giustizia distributiva agiscano, pericolosamente nascoste, inevitabili scelte di valore, giacche': 1) in tanto si puo' dare legittimazione e concretezza alla garanzia di "eguali" diritti partecipativi in quanto si sia preventivamente individuato, ed esplicitato, il "giusto" processo politico rispetto al quale tale condizione di eguaglianza va goduta; 2) tali teoriche, soprattutto quella dell'Ely, accettano

come variabile indipendente la distribuzione iniziale di risorse e potere politico fra i consociati; 3) esse presuppongono, senza però darne apertamente conto, una concezione della politica come mera massimizzazione di fini individuali, negando quindi qualsiasi rilievo alla comunità quale ente sovrano fonte di decisioni. Per un diverso tipo di critiche, v. ALEXANDER, "Modern Equal Protection Theories" ecc., cit., a p.39 ss.

68. Cfr. la teoria del KARST, "The Supreme Court, 1976 Term - Foreword: Equal Citizenship Under the Fourteenth Amendment", Harvard Law Rev., 1977, p.1 ss., per cui il valore protetto dalla "equal protection clause" del XIV emendamento sarebbe quello della "equal citizenship", dal quale scaturirebbe il diritto di ognuno "to be treated by the organized society as a respected, responsible and participating member". V. anche il secondo principio ("no subordinating or denigrating purpose principle") del già richiamato modello di giustizia distributiva del BAKER, "Outcome Equality or Equality of Respect" ecc., cit., a p.959, in base al quale lo Stato non deve perseguire, o consentire che soggetti privati perseguano, lo scopo di subordinare o denigrare la dignità di qualsiasi categoria di cittadini.

69. Cfr. il rapporto fra il richiamo alla "pari dignità sociale" contenuto nel primo comma dell'art.3 della Costituzione italiana, e la già ricordata previsione del secondo comma che impone di rimuovere "gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

70. V. quanto osservato supra, sub 1.2.6.

71. Cfr. la posizione assunta dalla Supreme Court statunitense nel celebre caso Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969), ove, secondo la ricostruzione datane dall'ALEXANDER, "Modern Equal Protection Theories" ecc., cit., a p.54, una norma di uno Stato che subordinava la concessione di alcuni benefici assistenziali al requisito di un anno di residenza viene censurata in relazione al diritto fondamentale alla libera circolazione intrafederale non perché questo diritto di per sé comporta tale concessione, trattandosi di materia sottoposta alla sovranità degli Stati membri, ma perché il criterio classificatorio utilizzato da origine ad una disparità di trattamento che penalizza quanti esercitano tale diritto. Ma cfr. anche la sentenza 11 dicembre 1964, n.111, della Corte

costituzionale italiana (Giur. cost., 1964, p.1119 ss., con osservazione SIGISMONDI, in particolare a p.1132 s.), per la quale si ha violazione del principio di eguaglianza anche "(q)uando la disparita' delle condizioni economiche, rendendo impossibile ai soggetti non abbienti il soddisfacimento di un onere, impedisca il realizzarsi di fini che siano costituzionalmente rilevanti, costituisca, in altri termini, ostacolo all'esercizio di un diritto che la Costituzione a tutti parimenti riconosca e garantisca".

72. In tal senso potrebbe anche interpretarsi il passo della sentenza della Corte costituzionale italiana citato nella nota precedente.

73. Ci riferiamo ai vari progetti di ricerca condotti, sotto la direzione del Cappelletti, dall'Istituto di Diritto Comparato dell'Universita' degli Studi di Firenze, dal Florence Center of Comparative Judicial Studies e dal Dipartimento Giuridico dell'Istituto Universitario Europeo, e culminati nella pubblicazione di una serie in quattro volumi: CAPPELLETTI (gen. ed.), The Florence Access-to-Justice Project, 1978-1979.

74. Uno dei maggiori meriti dello studio appena richiamato e' stato infatti quello di individuare una "terza ondata" nella ricerca di soluzioni ai problemi di accesso alla giustizia (il c.d. "access-to-justice approach") la quale, seguendo a quelle storicamente precedenti che avevano incentrato l'analisi sui fenomeni dell'aiuto legale agli indigenti e della rappresentanza degli interessi diffusi, le supererebbe e sintetizzerebbe in una prospettiva piu' ampia e articolata che da rilievo a nuovi meccanismi istituzionali anche o soprattutto non giudiziali di tutela degli interessi e di soluzione o prevenzione delle controversie: v. CAPPELLETTI, GARTH, "Access to Justice: the Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report", in CAPPELLETTI, GARTH (eds.), Access to Justice - Vol.I. A World Survey, Book I, 1978, p.1 ss., in particolare a p.21 e p. 49 ss, e vari degli interventi in CAPPELLETTI, WEISNER (eds.), Access to Justice - Vol.II. Promising Institutions, 1979.

75. V. CAPPELLETTI, GARTH, "Access to Justice: the Worldwide Movement" ecc., cit., a p.6 ss. ("Effective access to justice can . . . be seen as the most basic requirement - the most basic human right - of a modern egalitarian legal system which purports to guarantee, and not merely proclaim, the legal rights of all") e a p.124 ("The goal is . . . to make justice . . . accessible to all, including the poor. And, if it is true that

effective, not merely formal, equality before the law is the basic ideal of our epoch, the access-to-justice approach can only lead to a judicial product of far greater 'beauty' - or better quality - than that we now have."). Ma cfr. anche i richiami al principio di eguaglianza di CALABRESI, "Access to Justice and Substantive Law Reform: Legal Aid for the Lower Middle Class", in CAPPELLETTI, GARTH (eds.), Access to Justice - Vo.III. Emerging Issues and Perspectives, 1979, p.169 ss., e TRUBECK (D.), "Public Advocacy: Administrative Government and the Representation of Diffuse Interests", ibid., p. 445 ss., così come le osservazioni di FRIEDMAN, "Claims, Disputes, Conflicts and the Modern Welfare State", in CAPPELLETTI (ed.), Access to Justice and the Welfare State, cit., p.251 ss., in particolare a p. 252 s.

76. V. sul punto PERRY, "Modern Equal Protection: A Conceptualization and Appraisal", Columbia Law Rev., 1979, p.1023 ss., a p.1044 s., che sottolinea peraltro i "costi" che forme di preferential treatment possono avere proprio in termini di garanzia effettiva dell'eguaglianza (perché possono rinforzare il pregiudizio sulla obbiettiva inferiorità dei soggetti avvantaggiati; perché possono consolidare l'abitudine a pensare in termini non di individui ma di classi; perché possono stimolare risentimento nei soggetti svantaggiati, radicalizzandone le attitudini discriminatorie). Egualmente critico il BREST, "The Supreme Court" ecc., cit., a p.39 ss., che mette in luce come man mano che ci si allontana nel tempo dall'atto discriminatorio che si intende sanare, rivendicazioni di giustizia compensativa finiscono sempre più per confondersi con rivendicazioni di mera giustizia redistributiva.

77. MORTATI, Lezioni sulle forme di governo, cit., a p.63.

78. Sull'allocazione del particolare beneficio della "giustizia" (inteso come "the service of resolving specific disputes, either between private individuals or groups, or between an individual and the society as a whole as represented by the state") in una prospettiva da analisi economica del diritto, v. BUSH, "The Economic Significance of Access to Justice: An Analysis of Resource Allocation to Dispute-Resolution Services, in relation to Public Policy-Making and the Public Interest", in CAPPELLETTI, GARTH (eds.), Access to Justice - Vol.III. Emerging Issues and Perspectives, cit., p.191 ss.; più in generale, sui rapporti fra "accesso alla giustizia" e "Stato sociale", v. i vari interventi in CAPPELLETTI (ed.), Access to Justice And the Welfare State, op. cit.

79. Che sia questo il significato funzionale delle singole "fattispecie costituzionali di eguaglianza" e' sostenuto, in riferimento all'art.3 della Costituzione italiana, dalla prevalente dottrina (cfr. PALADIN, op. cit., alle pp. 171 e 244). Contra, isolatamente, ROSSANO, op. cit., p.361 ss., per il quale tali fattispecie servirebbero invece ad indicare tassativamente gli unici limiti posti alla discrezionalità classificatoria del legislatore, e come tali, secondo la peculiare interpretazione del principio data dall'Autore (richiamata supra, alla nota 22), non potrebbero essere considerate come concretizzazioni della "eguaglianza di fronte alla legge".

80. Sull'alternativa "principles" ("informal, flexible") / "rules" ("formal, mechanical"), e su vantaggi e svantaggi di un processo di formalizzazione dei principi attraverso l'individuazione di veri e propri "modelli" per la loro interpretazione, v. le interessanti osservazioni di ALEXANDER, "Modern Equal Protection Theories" ecc., cit., a p.12 ss. e p.66 ss. In particolare, sul fatto che principi normativi troppo articolati, richiedendo un'altrettanto notevole "articolazione" nelle capacità argomentative di chi ne invoca la tutela, darebbero origine a discriminazioni, non essendo tali capacità egualmente accessibili a tutti i consociati, e sulla conseguente preferibilità di forme di "wholesale justice" attraverso il ricorso a "self-executing, simplistic rules", v. CALABRESI, "Access to Justice and Substantive Law Reform" ecc., cit.

81. Il termine, ormai comune nella dottrina americana, ricorre con frequenza nella giurisprudenza della Supreme Court a partire dalla sentenza Korematsu v. U.S. (323 U.S. 214, a p.216, 1944) ove si affermo' per la prima volta il principio (paradossalmente disapplicato nella fattispecie in esame) per cui "all legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect" e vanno perciò soggette "to the most rigid scrutiny". Sul tema v. in generale "Developments in the Law - Equal Protection", Harvard Law Rev., 1969, p.1065 ss., a p. 1087 ss.

82. Tale e' il caso, ad esempio, delle disparità di trattamento in ragione della razza o del sesso le quali con alta probabilità differenziano in base ad una presunta e aprioristica minore capacità intellettuale o inferiorità morale dei soggetti del gruppo svantaggiato: cfr. le osservazioni di LINDE, "Due Process of Lawmaking", Nebraska Law Rev., 1976, p.197 ss., a p.201 s.

83. Cfr. sul punto PERRY, "Modern Equal Protection" ecc., a p.1053 ss., che fa riferimento alle discriminazioni in base al sesso conseguenti appunto all'attribuzione a tutti i soggetti del gruppo svantaggiato, senza possibilita' della prova contraria, di una caratteristica comune ad una gran parte degli stessi e che di per se' giustificerebbe la classificazione introdotta.

84. Si pensi alla garanzia della parita' di trattamento di soggetti portatori di handicap.

85. Sembra infatti in generale da escludersi la possibilita' di affermare in materia presunzioni assolute (e quindi classificazioni non "sospette" ma "proibite"), giacche' l'esperienza indica come, salvo casi eccezionali, qualsiasi criterio di differenziazione possa essere utilizzato in modo non discriminatorio: l'esempio classico e' quello di una norma indirizzata soltanto a persone di pelle nera, ma avente ad oggetto la cura di una malattia che appunto soltanto soggetti in possesso di tale caratteristica possono contrarre. Cfr. ALEXANDER, "Modern Equal Protection Theories" ecc., cit., a p.60.

86. V. supra, alla nota 11 e testo relativo.

87. E' questa la tesi di AGRO', "Commento art.3, I comma", op. cit., in particolare a p.133 ss., il quale, interpretando il principio di eguaglianza nella sua accezione "paritaria" massima, e cioe' come fonte di un divieto assoluto di differenziazioni, ritiene che esso sia derogabile solo sulla base di norme di pari grado, e cioe', appunto, di norme di rango costituzionale: il che significa affermare una piena funzionalizzazione dei poteri pubblici, in primis del legislatore, al mandato costituzionale e ricondurre il giudizio di eguaglianza nelle forme di un giudizio sull' "eccesso di potere" (legislativo).

88. V. infatti quanto osservato supra, alle note 34-39 e testo relativo.

89. Cfr. MORTATI, Istituzioni ecc., cit., a p.1030, per il quale, nell'ipotesi in cui gli interessi cui ricondurre la norma classificatrice sono potenzialmente molteplici ed uno solo di essi appare idoneo a legittimarla, "dovrebbe essere obbligatorio per il legislatore fare risultare il motivo" della propria scelta, pena l'invalidazione della legge.

90. Per un tentativo di distinzione fra "motivi originari" (ci sembra nel senso di intento soggettivo) e finalita' obbiettive di una norma v. Corte costituzionale italiana, sentenza 22 dicembre 1965, n.85 (Giur. Cost. 1965, p.1244 ss., a p.1247)). Critico sulla possibilita' di contrapporre "purpose" (scopo immediato della norma) e "motive" (scopo mediato del singolo legislatore) l'ELY, "Legislative and Administrative Motivation" ecc., cit., a p.1217 ss. Ma v. anche MORTATI, Istituzioni ecc., cit., a p.1030, per il quale, nell'ipotesi richiamata alla nota precedente, "per sfuggire alla subbiettivita' dell'interprete" dovrebbe "supplirsi alla mancanza del motivo" della norma "mediante la ricerca dell'intenzione del legislatore (quale puo' risultare dai lavori preparatori, da circolari applicative, ecc.)".

91. Cfr. BREST, "The Supreme Court" ecc., cit., p.7 s. (enfasi aggiunta), per il quale l' "antidiscrimination principle" colpisce anche l' "unconscious failure to extend to a minority the same recognition of humanity, and hence the same sympathy and care, given as a matter of course to one's own group".

92. Il provvedimento non sarebbe adottato, o non sarebbe adottato con quel particolare contenuto, "se non per" la consapevolezza che i suoi costi ricadono su un certo gruppo sociale, la cui penalizzazione viene ingiustamente ritenuta irrilevante o addirittura favorita: cfr. la "but-for rule" di cui parla il SAMFORD, "Toward a Constitutional Definition of Racial Discrimination", Emory Law J., 1976, p.509 ss.

93. Cfr. sul punto la distinzione proposta da SCHNAPPER, "Two Categories Of Discriminatory Intent", Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Rev., 1982, p.31 ss., fra "goal discrimination" ("the invidious consideration of race in the selection of the objective which a government policy seeks to achieve") e "means discrimination" ("the invidious consideration of race in selecting or weighing the method to be used in achieving that objective"). E' evidente che il controllo di razionalita' della norma, in seguito illustrato, potra' anche servire a rilevare finalita' discriminatorie "indirette" del tipo qui indicato.

94. In generale sul tema v. la (NOTE), "Legislative Purpose, Rationality and Equal Protection", cit.

95. Sul rilievo da dare al "contextual meaning" delle norme, piu' che alle motivazioni soggettive dei legislatori, v. BAKER, "Neutrality, Process and Rationality" ecc., cit., a p.1088, ove si richiama la posizione conforme della Supreme Court statunitense in Weinberger v. Wiesenfeld, 420 U.S. 636, 1975, e "Outcome Equality and Equality of Respect" ecc., cit., a p.974 s. Ma cfr. in senso simile anche AGRO', "Commento" ecc., cit., a p.142 ss.

96. Ma non solo: cfr. i problemi, oltre che di "ascertainability", anche di "futility" e "disutility" che la rilevanza data all'intento soggettivo puo' generare, secondo la ricostruzione del pensiero del Chief Justice Warren in U.S. v. O'Brien, 391 U.S. 367, 1968, a p.383 ss., proposta criticamente dall'ELY, "Legislative and Administrative Motivation" ecc., cit., a p.1212 ss. e p. 1275 ss. (in particolare, il giudice Warren sottolinea i rischi che si possa finire col consentire all'ente fonte di riadottare il medesimo provvedimento accompagnandolo con motivazioni "giuste", oppure con l'invalidare anche norme che producono effetti in se' legittimi per la sola presenza di intenti discriminatori).

97. In tale ipotesi, alle consuete difficolta' di provare quello che in fin dei conti e' uno stato mentale, o all'altrettanto difficile individuazione, nella "catena" di ragioni che possono condurre ad una certa scelta normativa (il motivo x puo' essere strumentale rispetto al motivo y, a sua volta mezzo per conseguire il piu' generale motivo z, e cosi' via), quale sia quella effettivamente determinante per l'ente fonte, si aggiungono infatti i problemi derivanti dalla pluralita' di soggetti cui e' imputabile la decisione, e dalla conseguente possibilita' di motivazioni varie e fra loro non coincidenti e di compromessi nei quali ciascuno rinuncia ad una parte delle proprie aspirazioni, complicando ulteriormente l'accertamento del fine della norma. Cfr. sul punto in generale (NOTE), "Making the Violation Fit the Remedy: The Intent Standard and Equal Protection Law", Yale Law J., 1982, p.328 ss., in particolare p.340 s. ("... it is in dealing with corporate state bodies, as opposed to individuals, that subjective motive is the most difficult to prove and the easiest to mask").

98. Una elencazione di tali mezzi di prova, senza pero' specificarne il valore relativo, e' fatta dalla Supreme Court statunitense nella sentenza Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp., 429 U.S. 252, 1977.

99. Sull'atteggiamento in materia della Corte costituzionale italiana si rinvia di nuovo ad AGRO', "Commento" ecc., cit., p.146 ss.

100. Sulla possibilita' ed utilita' di applicare analogicamente categorie penalistiche (in particolare quelle di dolo diretto, dolo indiretto, colpa cosciente, colpa incosciente) a problematiche di diritto costituzionale in cui si debba accertare un "wrongful intent", v. (NOTE), "Discriminatory Purpose and Mens Rea, The Tortured Argument of Invidious Intent", Yale Law J., 1983, p.111 ss., a p.112 (che richiama l'autorevole opinione di BICKEL, The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics, 1962, a p.214 s.). V. anche HENSON, "Proving Discriminatory Intent From a Facially Neutral Decision With a Disproportionate Impact", Wash. & Lee Law Rev., 1979, p.109 ss.

101. Cfr. PERRY, "Modern Equal Protection" ecc., cit., a p.1036 ss., sul rilievo da dare al "disproportionate impact" di una norma qualora questo risulti effetto prevedibile della stessa.

102. Conforme BAKER, "Outcome Equality or Equality of Respect" ecc., cit., a p.978 (naturalmente in questo caso si potrebbe egualmente parlare di "effetti" discriminatori immateriali).

103. Cfr. (NOTE), "Legislative Purpose and Constitutional Adjudication", Harvard Law Rev., 1970, p.1187 ss., a p.1187 s., nota 1.

104. Una particolare teoria in merito alla rilevanza dell'intento ("motivation") nel giudizio di eguaglianza e' proposta dall'ELY nel noto saggio "Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law", cit. Secondo l'Autore l'indagine sulla esistenza o meno di un intento discriminatorio acquisterebbe rilievo soltanto: 1) nell'ipotesi in cui alla norma risulta inapplicabile il "disadvantageous distinction model" comunemente derivato in giurisprudenza dalla "equal protection clause" (e cioe' il test in base al quale qualsiasi decisione governativa che svantaggia alcuni soggetti rispetto ad altri deve mostrare una connessione razionale con qualche fine pubblico legittimo), cio' che avverrebbe secondo l'Ely quando il criterio classificatore prescelto sia il caso (perche' allora fra soggetti esclusi e soggetti inclusi a priori non c'e' alcuna differenza

cui ricondurre razionalmente la disparita' di trattamento) o quando la norma sia il frutto di una "discretionary choice", e cioe' di una scelta che riflette valori, quali il "good taste" o il "general welfare", a priori insindacabili in punto di razionalita', oppure 2) nell'ipotesi in cui la norma non produce effetti di per se' vietati, non e' cioe' censurabile in base al distinto "impact model" attraverso il quale si verifica che non siano stati privati i gruppi sociali di benefici ad essi comunque dovuti; in questi due tipi di situazioni, osserva l'Autore, soltanto la prova dell'intento discriminatorio consentirebbe di azionare il giudizio di eguaglianza, imponendo sull'ente fonte l'onere di giustificazione della classificazione normativa, o addirittura, in ipotesi particolari (cfr. p.1269 ss.), portando tout court all'invalidazione della norma. Questa teoria, certo influenzata dai particolari problemi di diritto statunitense tenuti presente dall'Autore (ripartizione delle circoscrizioni elettorali, scelta dei membri delle giurie popolari nei processi penali) risulta criticabile sotto diversi profili: 1) l'intento sembra possa rilevare anche nell'applicazione di quello che l'Ely chiama "disadvantageous distinction model" qualora, in base alla nozione materiale di eguaglianza tutelata dall'ordinamento, la legittimita' del fine pubblico vanga fatta dipendere anche dall'assenza di motivazioni discriminatorie, ad esempio per gli effetti "simbolici" che queste possono comunque generare; 2) se e' vero che fra i soggetti inclusi ed i soggetti esclusi da una classe definita in base al caso non esiste alcun elemento razionale di differenziazione (rectius, l'unico elemento e' appunto quello di essere stati scelti o meno dalla sorte), cio' non toglie che proprio la decisione di utilizzare un simile criterio di classificazione puo' essere sottoposta a controllo in punto di eguaglianza, tanto per verificarne "ragionevolezza" e "razionalita'" quanto per accertare se il ricorso alla casualita' non serva a celare altre forme vietate di classificazione; 3) parimenti, non si comprende perche' nel perseguimento di finalita' quali la tutela del "buon gusto" o del "benessere generale" non debbano valere i limiti normalmente derivabili dal principio di eguaglianza all'agire discrezionale dei poteri, pubblici e privati, e cioe' la sanzione di trattamenti normativi irrazionali o altrimenti in conflitto con valori di giustizia distributiva protetti (ad esempio, l'ordinamento puo' escludere a priori che il benessere collettivo possa conseguirsi attraverso la subordinazione delle minoranze razziali, o con mezzi illogici, o inefficienti, e cosi' via).

105. V. BAKER, "Outcome Equality or Equality of Respect" ecc., cit., a p.975; cfr. anche ELY, "The Centrality and Limits of Motivation Analysis", San Diego Law Rev., 1978, p.1155 ss., a p.1161 ("Where what is denied is something to which the complainant has a substantive constitutional right . . . the

reasons it was denied are irrelevant"). Ovviamente, tra gli effetti in se' vietati potranno farsi rientrare (e, di nuovo, cio' dipendera' dalla nozione materiale di eguaglianza) anche le ricordate lesioni "simboliche" del principio derivanti dall'esternazione di intenti discriminatori (v. supra, nota 102 e testo relativo), oppure la "stigmatizzazione" che puo' essere prodotta da una norma "egualmente applicabile" ma avente un impatto sproporzionato su determinati gruppi, in particolare su gruppi storicamente oggetto di discriminazione (cfr. sul punto le osservazioni del PERRY, "Modern Equal Protection" ecc., cit., a p.1041, e del BREST, "The Supreme Court" ecc., cit., a p.8 ss.).

106. Così' ELY, "Legislative and Administrative Motivation" ecc., cit., p.1261 ss., che critica (a p.1221, nota 51; ma v. anche p.1282, nota 220 e p.1310 s.) la fondatezza della tesi opposta, sostenuta nella (NOTE), "Legislative Purpose and Constitutional Adjudication", cit.

107. E' questa la posizione assunta dalla Supreme Court statunitense nel celebre caso Washington v. Davis, 426 U.S. 229, a p.242 ss., 1976, la cui holding, secondo (NOTE), "Making the Violation Fit the Remedy" ecc., cit., a p.331, e' appunto che "strict scrutiny would be applied only where a discriminatory impact on a suspect class was accompanied by a showing of invidious purpose".

108. E' vero infatti che posizioni, come quella della Supreme Court richiamata alla nota precedente, di fatto rendono particolarmente gravosa la prova della discriminazione e possono quindi rappresentare uno stratagemma giurisprudenziale per limitare l'incisivita' del controllo in base al principio di eguaglianza (in tal senso cfr. le acute critiche mosse alla sentenza Washington v. Davis nella (NOTE), op. ult. cit.); ma cio' dipende dal modo in cui viene distribuito l'onere della prova, poiche' ad esiti diversi si giungerebbe qualora, ad esempio, alla parte che impugna una norma prima facie "neutrale" bastasse provare l'impatto sproporzionato della stessa (e cioe' il fatto che essa agisca unicamente o prevalentemente sullo status di una certa classe distinta da quella dei suoi diretti destinatari) e l'intento (nel senso, e' chiaro, della sua non discriminatorieta') venisse invece in rilievo come eccezione proponibile dalla controparte che difende la legittimita' della norma.

109. Cio' che rileva ai fini dell'accertamento di eventuali forme di "discriminazione indiretta": sul concetto v. infra, sub III.3. e VI.1.2.

110. Particolarmente interessante su questo aspetto del giudizio di eguaglianza resta la classica analisi di TUSSMAN, TEN BROEK, "The Equal Protection of the Laws", cit., passim.

111. Per una esemplificazione delle diverse forme di sottoinclusione e sovrainclusione normativa v. TUSSMAN, TEN BROEK, op. ult. cit., a p.343 ss., e HUANG THIO, "Equal Protection and Rational Classification", Public Law, 1963, p.412 ss. In riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana v. poi FRAGALI, "Aspetti del sindacato di costituzionalita'" ecc., cit., a p.273 ss.

112. A favore della legittimita' del trattamento diverso di fattispecie identiche in tempi diversi, in ragione del principio di ordine pubblico della irretroattivita' della legge posto a tutela della certezza e della persistenza delle situazioni giuridiche, si pronuncia FRAGALI, op. ult. cit., a p.296; ma cio' cela, a nostro avviso, un equivoco, perche' da per dimostrato cio' che dimostrato non e', e cioe' che il richiamato interesse alla certezza del diritto prevalga sempre e necessariamente su qualsiasi altro profilo di giustizia distributiva che possa entrare in gioco in situazioni del genere, ad esempio su quello ad evitare disparita' di trattamento palesemente "arbitrarie".

113. Cfr. il concetto di "means discrimination" proposto dallo SCHNAPPER, "Two Categories Of Discriminatory Intent", cit. L'incidenza di considerazioni di tipo discriminatorio sulla scelta del "come" della norma puo' risultare direttamente dal tipo di comando adottato, oppure indirettamente dall'accertamento della "irrazionalita'" di questo (si pensi all'ipotesi in cui i maggiori costi di una disposizione inefficiente ricadano su una "classe sospetta": cio' non potra' non fondare una forte presunzione sulla esistenza di motivazioni discriminatorie nell'ente fonte).

114. Lo stesso tipo di controllo potrebbe svolgersi (e di fatto si svolge nell'esperienza di varie giurisprudenze nazionali: cfr., p.e., rispetto all'ordinamento tedesco SCHLAICH, "Corte costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania", Quaderni costituzionali, 1982, p.557 ss., a p.567 s.) in applicazione di un principio distinto da quello di eguaglianza, ma a questo correlato, il "principio di

reasons it was denied are irrelevant"). Ovviamente, tra gli effetti in se' vietati potranno farsi rientrare (e, di nuovo, cio' dipendera' dalla nozione materiale di eguaglianza) anche le ricordate lesioni "simboliche" del principio derivanti dall'esternazione di intenti discriminatori (v. supra, nota 102 e testo relativo), oppure la "stigmatizzazione" che puo' essere prodotta da una norma "egualmente applicabile" ma avente un impatto sproporzionato su determinati gruppi, in particolare su gruppi storicamente oggetto di discriminazione (cfr. sul punto le osservazioni del PERRY, "Modern Equal Protection" ecc., cit., a p.1041, e del BREST, "The Supreme Court" ecc., cit., a p.8 ss.).

106. Così' ELY, "Legislative and Administrative Motivation" ecc., cit., p.1261 ss., che critica (a p.1221, nota 51; ma v. anche p.1282, nota 220 e p.1310 s.) la fondatezza della tesi opposta, sostenuta nella (NOTE), "Legislative Purpose and Constitutional Adjudication", cit.

107. E' questa la posizione assunta dalla Supreme Court statunitense nel celebre caso Washington v. Davis, 426 U.S. 229, a p.242 ss., 1976, la cui holding, secondo (NOTE), "Making the Violation Fit the Remedy" ecc., cit., a p.331, e' appunto che "strict scrutiny would be applied only where a discriminatory impact on a suspect class was accompanied by a showing of invidious purpose".

108. E' vero infatti che posizioni, come quella della Supreme Court richiamata alla nota precedente, di fatto rendono particolarmente gravosa la prova della discriminazione e possono quindi rappresentare uno stratagemma giurisprudenziale per limitare l'incisività del controllo in base al principio di eguaglianza (in tal senso cfr. le acute critiche mosse alla sentenza Washington v. Davis nella (NOTE), op. ult. cit.); ma cio' dipende dal modo in cui viene distribuito l'onere della prova, poiche' ad esiti diversi si giungerebbe qualora, ad esempio, alla parte che impugna una norma prima facie "neutrale" bastasse provare l'impatto sproporzionato della stessa (e cioe' il fatto che essa agisca unicamente o prevalentemente sullo status di una certa classe distinta da quella dei suoi diretti destinatari) e l'intento (nel senso, e' chiaro, della sua non discriminatorietà) venisse invece in rilievo come eccezione proponibile dalla controparte che difende la legittimita' della norma.

109. Cio' che rileva ai fini dell'accertamento di eventuali forme di "discriminazione indiretta": sul concetto v. infra, sub III.3. e VI.1.2.

110. Particolarmente interessante su questo aspetto del giudizio di eguaglianza resta la classica analisi di TUSSMAN, TEN BROEK, "The Equal Protection of the Laws", cit., passim.

111. Per una esemplificazione delle diverse forme di sottoinclusione e sovrainclusione normativa v. TUSSMAN, TEN BROEK, op. ult. cit., a p.343 ss., e HUANG THIO, "Equal Protection and Rational Classification", Public Law, 1963, p.412 ss. In riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana v. poi FRAGALI, "Aspetti del sindacato di costituzionalita'" ecc., cit., a p.273 ss.

112. A favore della legittimita' del trattamento diverso di fattispecie identiche in tempi diversi, in ragione del principio di ordine pubblico della irretroattivita' della legge posto a tutela della certezza e della persistenza delle situazioni giuridiche, si pronuncia FRAGALI, op. ult. cit., a p.296; ma cio' cela, a nostro avviso, un equivoco, perche' da per dimostrato cio' che dimostrato non e', e cioe' che il richiamato interesse alla certezza del diritto prevalga sempre e necessariamente su qualsiasi altro profilo di giustizia distributiva che possa entrare in gioco in situazioni del genere, ad esempio su quello ad evitare disparita' di trattamento palesemente "arbitrarie".

113. Cfr. il concetto di "means discrimination" proposto dallo SCHNAPPER, "Two Categories Of Discriminatory Intent", cit. L'incidenza di considerazioni di tipo discriminatorio sulla scelta del "come" della norma puo' risultare direttamente dal tipo di comando adottato, oppure indirettamente dall'accertamento della "irrazionalita'" di questo (si pensi all'ipotesi in cui i maggiori costi di una disposizione inefficiente ricadano su una "classe sospetta": cio' non potra' non fondare una forte presunzione sulla esistenza di motivazioni discriminatorie nell'ente fonte).

114. Lo stesso tipo di controllo potrebbe svolgersi (e di fatto si svolge nell'esperienza di varie giurisprudenze nazionali: cfr., p.e., rispetto all'ordinamento tedesco SCHLAICH, "Corte costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania", Quaderni costituzionali, 1982, p.557 ss., a p.567 s.) in applicazione di un principio distinto da quello di eguaglianza, ma a questo correlato, il "principio di

proporzionalita': sul rapporto fra i due principi, in riferimento all'esperienza dell'ordinamento delle Comunita' Europee (ma si tratta di considerazioni generalizzabili), v. piu' ampiamente infra, sub II.1.3.3.).

115. V. ad esempio, rispetto alla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunita' Europee, quanto osservato in seguito, sub III.1.2.

116. Ed infatti, come si e' gia' detto alla nota 104, sono appunto tali effetti a non poter essere valutati in termini di eguaglianza, non anche la scelta del caso come criterio classificatorio, che invece sottosta al consueto onere di giustificazione.

117. Ci riferiamo al principio ispiratore dei numerosi interventi in tema di "tutela giurisdizionale differenziata" del PROTO PISANI: "Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o piu' esattamente: superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario", Dir. e giur., 1974, p.801 ss., "Breve premessa a un corso sulla giustizia civile", Dir. e giur., 1977, p.161 ss., "Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processo", Dir e giur., 1978, p.1 ss., "Note minime sulla c.d. tutela giurisdizionale differenziata", Dir e giur., 1978, p.543 ss., "Sulla tutela giurisdizionale differenziata", Riv. dir. proc., 1979, p.536 ss., "Ancora sulla tutela giurisdizionale differenziata", Dir e giur., 1980, p.751 ss., ora in parte raccolti, insieme ad altri interventi, in Appunti sulla giustizia civile, 1982.

118. PROTO PISANI, "Appunti preliminari sui rapporti fra diritto sostanziale e processo", cit., a p.5 ss.

119. Istituzioni di diritto processuale civile, I, 1935, p.41 (enfasi nell'originale).

120. V. supra, note 73 - 75 e testo relativo.

121. L'analisi di eventuali strumenti di garanzia stragiudiziale del principio dell'eguaglianza di fronte alla legge esula naturalmente dai confini di un lavoro avente per oggetto, per l'appunto, il "giudizio di eguaglianza": cio' non toglie,

tuttavia, che le riflessioni svolte dagli studiosi dell' "accesso to justice" sulla maggiore efficacia in determinati casi di strumenti di tal genere rispetto a quelli tradizionali della "judicial litigation" (v. supra, nota 74) potrebbero in particolari ipotesi valere anche rispetto alla rappresentanza e alla tutela dell' "interesse a non essere discriminati".

122. La necessita' di una distinta "giurisdizione costituzionale delle liberta'" a garanzia di diritti e liberta' fondamentali veniva gia' sostenuta in tempi lontani dal CAPPELLETTI, La giurisdizione costituzionale delle liberta', 1955: "dal sicuro dato di fatto delle peculiarita' strutturali e funzionali del diritto fondamentale", argomentava l'Autore, va derivata l'esigenza di una forma autonoma di giurisdizione che sia generale, e cioe' "posta a difesa di tutte le 'situazioni attive fondamentali' del soggetto privato", e rinforzata, tale cioe' da modellare "la struttura del procedimento, la composizione, l'autorita' e i poteri dell'organo giudicante, sulle peculiarita' della funzione esercitata" (p.6, nota 8, p.16 e, piu' in generale, l'intera "Premessa").

123. Si tratta infatti di norme che per forza di cose assumono spesso forma di "clausole generali" (e maxime fra queste quella della "eguaglianza di fronte alla legge") richiedendo quindi interventi spiccatamente "creativi" da parte dell'organo giudicante: cfr. sul punto le osservazioni del CAPPELLETTI, "Giustizia costituzionale soprannazionale. Il controllo giudiziario delle leggi e la giurisdizione delle liberta' a livello internazionale", Riv. dir. proc., p.1 ss., a p.11.

124. Il termine e' di CAPPELLETTI, La giurisdizione costituzionale delle liberta', cit., a p.4 e p.95 ss.

125. Tali poteri potranno essere i piu' vari, potendo riguardare l'assunzione delle prove, l'instaurazione e l'estinzione del giudizio, l'impugnazione dei provvedimenti, e cosi' via.

126. Per parafrasare (da un diverso contesto) GREMENTIERI, Il processo comunitario. Principi e garanzie fondamentali, 1973, p.205.

127. Cio' potrebbe anche indicarsi lato sensu (il significato dei due termini infatti e' tutt'altro che pacifico:

cfr. GREMENTIERI, op. ult. cit., a p.206 ss.) come prevalenza, nella organizzazione del processo, del principio c.d. "inquisitorio" sul principio c.d. "accusatorio". In riferimento al giudizio di costituzionalità nell'ordinamento italiano osserva ad esempio il FRAGALI ("Aspetti del sindacato", ecc., cit., a p.278 s. e a p. 304) che "il giudice a quo e' legato al principio di disponibilità privata di alcuni mezzi di prova degli stessi fatti della causa e può svolgere una istruttoria nel quadro dell'interesse che prospettano le parti. Invece il giudice della costituzionalità ha poteri d'impulso ufficiale nella materia probatoria; ed il processo che si svolge innanzi a lui inerisce ad una giurisdizione di diritto obbiettivo . . . dato che e' efficace erga omnes la sentenza con la quale il processo costituzionale si conclude, ove accerti l'illegittimità della norma denunciata"; il processo costituzionale non può infatti essere influenzato dal comportamento processuale delle parti in quanto queste "(n)on esperiscono la tutela di un interesse proprio, ma deducono il medesimo interesse obbiettivo per la cui protezione il processo e' stato istituito".

128. Cfr. CAPPELLETTI, GARTH, "Access to Justice: the Worldwide Movement" ecc., cit., a p.10 ss. e a p.22 ss.

129. Nel caso del principio di eguaglianza, si pensi alle già ricordate lesioni "immateriali" che un atto o comportamento discriminatorio può produrre, ad esempio "stigmatizzando" certi gruppi sociali come inferiori o rafforzando stereotipi o pregiudizi in materia.

130. Sul punto v. i chiari rilievi del PROTO PISANI, "Appunti preliminari sui rapporti fra diritto sostanziale e processo", cit., p.17 s.: ". . . il contenuto normalmente non patrimoniale di queste situazioni di vantaggio fa sì che la violazione - ed a maggior ragione la continuazione della violazione - e' sempre e necessariamente causa di un pregiudizio irreparabile rispetto al quale la tutela per equivalente monetario si presenta per definizione come inadeguata; pertanto la tutela per sua natura prevalentemente repressiva offerta dal solo processo ordinario di cognizione, con riferimento a situazioni di vantaggio di questo tipo non serve (o serve pochissimo) perché non sarà mai in grado di restituire al titolare del diritto quelle utilità non patrimoniali di cui non ha potuto godere a causa della violazione o della continuazione della violazione". Per l'Autore a tali particolari esigenze potrebbe avviarsi in vario modo: riconoscendo al giudice ampi poteri in fatto di adozione di misure sospensive e cautelari; predisponendo forme urgenti di tutela, e cioè "procedimenti di

cognizione sommaria destinati a concludersi, in tempi brevissimi, in provvedimenti immediatamente esecutivi aventi per contenuto l'ordine di cessare la violazione"; consentendo "l'utilizzazione di queste forme urgenti di tutela anche allorché la violazione non sia stata ancora consumata, ma sia semplicemente minacciata o oggettivamente probabile".

131. Cio' che puo' avvenire spesso con il principio di eguaglianza, soprattutto quando la violazione di questo da origine a lesioni di interessi "moralì" piu' che a danni materiali, e i benefici che ciascun singolo soggetto appartenente alla classe discriminata puo' derivare dalla sanzione della norma discriminatoria risultano perciò troppo marginali per giustificare i costi di azioni giudiziali individuali.

132. Per un inquadramento generale del problema v. CAPPELLETTI, GARTH, op. ult. cit., a p.18 ss. e a p.35 ss., cui adde CHAYES, "The Role of the Judge in Public Law Litigation", Harvard Law Rev., 1976, p.1041 ss., CAPPELLETTI, "Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study", Michigan Law Rev., 1975, p.793 ss., ID., "Vindicating the Public Interest Through the Courts: A Comparativist's Contribution", Buffalo Law Rev., 1976, p.643 ss.

133. Su questo problema, che riguardando tipicamente l'attuazione dei nuovi diritti "sociali" caratteristici dello Stato contemporaneo interventista tocca anche il principio di eguaglianza per i casi in cui la salvaguardia di questo viene fatta dipendere da "affirmative actions" ad opera dei poteri pubblici (v. supra, sub 1.2.3), cfr. in generale CAPPELLETTI, GARTH, "Access to Justice and the Welfare State: An Introduction", in CAPPELLETTI (ed.), Access to Justice and the Welfare State, cit., p.1 ss., in particolare a p.11 ss., e CAPPELLETTI, JOLOWICZ, Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation, 1975.

134. Una valida eccezione e' costituita dal lavoro del BELTON, "Burdens of Pleading and Proof in Discrimination Cases: Toward a Theory of Procedural Justice", Vanderbilt Law Rev., 1981, p.1205 ss., che pero' studia il problema per come si pone nello specifico caso della legislazione ordinaria statunitense applicativa della "equal protection clause" (soprattutto in riferimento alla parita' di trattamento fra lavoratori e lavoratrici).

135. Cfr., ad esempio, l'art.2697 del codice civile italiano.

136. Cfr. LIEBMAN, Manuale di Diritto Processuale Civile, II, 1974, III ed., p.87.

137. Così SCARDACCIONE, Le prove, 1971, II ed., p.4 ss., in particolare a p.6.

138. Va qui notato che in giudizi orientati dal principio inquisitorio (quale potrebbe essere quello a garanzia dell'eguaglianza di fronte alla legge), a causa del potere del giudice di acquisire d'ufficio la conoscenza dei fatti allegati, la regola dell'onere della prova si stempera senz'altro, in quanto il giudice non può ricorrervi finché non abbia fatto pieno uso dei poteri istruttori di cui gode, ma non perde del tutto la sua funzione, giacché troverà applicazione qualora in ultima istanza dubbi continuino a sussistere in ordine all'accertamento dei fatti allegati (cfr. SCARDACCIONE, op. ult. cit., p.7 ss.).

139. V. supra, sub 2.1.1.

140. Così LIEBMAN, Manuale ecc., cit., p. 88; v. anche SCARDACCIONE, Le prove, cit., p.40, il quale, riprendendo una tesi del CHIOVENDA (Istituzioni di diritto processuale civile, II ed., II, 1936, p.337), osserva come "in definitiva nel rapporto fra normalità ed anormalità, fra regola ed eccezione, si rinviene il criterio teorico e pratico della ripartizione dell'onere della prova".

141. Gli strumenti tecnici attraverso i quali tale "scelta" verrà operata potranno essere tanto il consolidarsi di una giurisprudenza costante in merito alla natura, costitutiva o impeditiva (o modificativa, o estintiva) degli elementi nei quali si concreta la fattispecie "discriminazione normativa illecita", quanto la formulazione di presunzioni relative, semplici, o, cioè che è più rispondente ad esigenze di certezza giuridica, legali (stabilire da un fatto noto, attraverso un procedimento logico congetturale, la verità o verosimiglianza di un fatto ignoto - cfr. l'art.2727 del codice civile italiano - significa infatti far ricadere sulla parte contro la quale la presunzione è posta l'onere di fornire la prova contraria relativa al fatto presunto).

142.        Equalmente in base ad un ragionamento probabilistico potrebbero fondarsi le due (opposte) presunzioni, piu' su ricordate: cfr. note 103 - 106 e testo relativo), per le quali dalla prova dell'intento discriminatorio si deduce l'esistenza di un effetto, presente o futuro, in tal senso, oppure, viceversa, dalla prova dell'effetto si risale in via congetturale all'accertamento dell'intento illecito.

143.        Naturalmente, nell'applicazione di tali criteri saranno poi ipotizzabili vari e distinti modelli di distribuzione dell'onere della prova, ciascuno giustificabile in riferimento ad una data gerarchia di valori cui l'ordinamento puo' ispirarsi nella disciplina di tale fenomeno; cio' che ci premeva qui rilevare era soltanto che tale gerarchia influenza, sotto il profilo indicato, l'organizzazione procedurale del giudizio, e che quindi deve essere esplicitata.

144.        Su tale aspetto del sistema probatorio v. LIEBMAN, Manuale ecc., cit., a p.74.

145.        Cfr. ad esempio BLATTNER, "The Supreme Court's 'Intermediate' Equal Protection Decisions: Five Models of Constitutional Equality", Hastings Const. Law Quart., 1981, p.777 ss., che , cercando di spiegare attraverso cinque "modelli" l' "intermediate scrutiny" praticato dalla Supreme Court statunitense negli anni della Presidenza Burger, finisce con l'affermare la necessita' di fondare tale prassi su una teoria di "just and unjust disadvantaging", e cioe', diremmo noi, su una teoria di giustizia distributiva; ma e' evidente che tale teoria, costituendo il tertium comparationis necessario per svolgere il controllo in punto di eguaglianza, consentira' di spiegare gli esiti diversi che questo, applicando le medesime categorie concettuali, ha a seconda della diversita' delle fattispecie valutate, e non invece la sua (eventuale) articolazione sotto il profilo della maggiore o minore "penetranza" dell'intervento giudiziale. Una indiretta dimostrazione della frequente confusione fra "profondita'" dello scrutinio e nozione materiale di eguaglianza protetta viene anche dal fatto che, per riprendere le osservazioni di GUNTHER ("The Supreme Court, 1971 Term - Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection", Harvard Law Rev., 1972, p. 1 ss., a p.8), l'alternativa "strict scrutiny" - "minimum rationality scrutiny" praticata nella giurisprudenza statunitense si risolve poi in sostanza nell'alternativa fra un controllo che e' "strict in theory and fatal in fact" ed un controllo che e' "minimal . . . in theory and virtually none in fact".

146. Tale problematica risulta efficacemente sintetizzata dal classico adagio "sed quis custodiet et ipsos custodes?": se e' vero, infatti, che e' un corollario del riconoscimento di norme di legalita' superiore la previsione di un organo giudiziario indipendente che ne assicuri il rispetto sanzionando di invalidita' norme di rango inferiore con quelle in contrasto, e' anche vero che proprio tale necessario requisito di indipendenza finisce con il contraddire un principio fondamentale delle moderne democrazie, quello della responsabilita' (in particolare, della responsabilita'; politica) allorche' sembra escludere la possibilita' di reazioni contro errori o ingiustizie nelle decisioni per lo piu' accentuatamente "creative" con le quali tale organo finisce col sostituire la propria volonta' (o, se si vuole, la propria interpretazione dell'higher law) a quella degli enti normatori, direttamente o indirettamente rappresentativi della maggioranza dei consociati, fonti delle norme sottoposte a controllo.

147. Ci riferiamo ai vari contributi sul tema del CAPPELLETTI: "The 'Mighty Problem' of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis", Legal Issues of European Integration, 1979/2, p.1 ss., "Necessite' et legitime' de la justice constitutionnelle", Rev. int. dr. comp., 1981, p.625 ss., "Rapport General", in FAVOREU, JOLOWICZ (p.p.), Le Control Juridictionnel Des Lois, 1985, p.285 ss., "Repudiating Montesquieu? The Expansion and Legitimacy of Constitutional Justice", Catholic Univ. Law Rev., 1985, p.1 ss., e soprattutto la monografia Giudici Legislatori?, 1984. Ma v. anche per un simile approccio BAKER, "Outcome Equality and Equality of Respect", cit., a p.945.

148. Naturalmente con i temperamenti che i relativi classici principi di diritto processuale (nemo iudex sine actore, audiatur et altera pars, ne eat iudex ultra petita et allegata partium) e' giusto trovino in giudizi, quali quelli di cui qui si discorre, in cui entrano in rilievo interessi aventi natura accentuatamente pubblicistica: v. quanto osservato supra, alle note 124 - 127 e testo relativo.

149. Sono considerazioni di questo genere che conducono ad affermare l'insindacabilita' degli "atti politici", principio codificato, p.e., dall'art. 28 della legge italiana 11 marzo 1957, n.87 ("Il controllo di legittimita' della corte costituzionale su una legge o su atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del parlamento"); piu' in generale, tali considerazioni posson ritenersi alla base dello

stesso dibattito sulla ripartizione fra i vari organi pubblici (in particolare, fra organi del legislativo ed organi del giudiziario) del potere di interpretazione della "legalita' superiore" dell'ordinamento (per una efficace sintesi delle diverse posizioni emerse sul punto nella letteratura statunitense v. ALEXANDER, "Modern Equal Protection Theories" ecc., cit., a p.4 ss., il quale individua quattro modelli di controllo giudiziale - "interpretativism", "neo-interpretativism", "quasi-interpretativism", "pure non interpretativism" - in ordine crescente di "profondita'").

150. Sulla distinzione fra discrezionalita' amministrativa e discrezionalita' tecnica, e, piu' in generale, sull'attivita' amministrativa discrezionale, v. SANDULLI, Manuale di diritto amministrativo, 1982, XIII ed., p.523 ss.

151. Nell'ordinamento italiano, ad esempio, la discrezionalita', sia amministrativa che tecnica, attiene al merito dell'azione amministrativa ed il suo esercizio e' quindi tendenzialmente sottratto al sindacato del giudice amministrativo, che ha per oggetto la legittimita' dell'azione stessa, salvo naturalmente il caso in cui l'atto sia impugnato per "eccesso di potere": cfr. SANDULLI, op. ult. cit., p.527 s. e, sui problemi che sotto tale profilo sorgono per la difficulta' di distinguere nettamente fra giudizio di fatto e giudizio di valore amministrativo, NIGRO, Giustizia amministrativa, 1983, III ed., a p. 369 s. Per i limiti che il sindacato giudiziale incontra sotto questo profilo in altri ordinamenti europei si rinvia, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, ai Rapporti Nazionali contenuti in FEDERATION INTERNATIONALE DE DROIT EUROPEEN, Le principe d'egalite' en droit economique, 1984.

152. Cfr., p.e., le tesi espresse dalla Supreme Court statunitense in Mc Gowan v. Maryland, 366 U.S. 420, a p.425 s., 1861.

153. Cfr. le parole della Supreme Court in U.S. v. Guest, 383 U.S. 745, a p.754 s., 1966 : "It is a commonplace that rights under the Equal Protection Clause arise only where there has been involvement of the State or of one acting under the colour of its authority". Sul tema v. BLACK, "The Supreme Court 1966 Term - Foreword: 'State Action', Equal Protection and California's Proposition 14", Harvard Law Rev., 1967, p.69 ss. V. anche ELY, "Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law", cit., a p. 1292 s.

154. Per essere precisi, l' "effetto sui terzi" (Drittwirkung) sarebbe appunto quello che le norme costituzionali producono nelle ipotesi eccezionali in cui valgono a limitare (non solo l'attività dei poteri pubblici, ma anche) il comportamento dei privati: sulle diverse posizioni emerse nel pensiero giuspubblicista tedesco sul punto v. DUERIG, "Grundrechte und Zivilrechtsprechung", in MAUNZ (hrsg.), Von Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, 1956, p.157 ss., in particolare a p. 176 ss., LEISNER, Grundrechte und Privatrecht, 1960, SALZWEDEL, "Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung", in CARSTENS, PETERS (hrsg.), Festschrift Hermann Jahrreiss zu seinem 70. Geburtstag am 19. August gewidmet, 1964, p.339 ss., SCHWABE, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, RUEPKE, Der verfassungsrechtliche Schutz der Privatheit, 1976; in particolare, critico sulla possibilità di Drittwirkung del principio di eguaglianza, il BOECKENFOERDE, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, cit., p.22 ss. Il problema è stato posto ed affrontato in termini simili anche in altri ordinamenti europei: cfr. ad esempio in riferimento al diritto olandese AKKERMAN, "La costituzione olandese e l'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali", Dir. e soc., 1985, p.135 ss.

155. In tal senso si pronuncia il ROSSANO, op. cit., p.390, che richiama la simile posizione del PALADIN, Il principio ecc., cit., a p.115 e p.238 (ma v. anche p.239 ss., ove quest'ultimo Autore riconosce l'inderogabilità da parte dell'autonomia privata del principio costituzionale della "pari dignità sociale" degli individui). A favore invece dell'azionabilità del principio di eguaglianza nei confronti di privati v. MORTATI, Istituzioni ecc., cit., a p. 1026, e, solo in ipotesi particolari, RESCIGNO (P.), "Sul c.d. principio d'uguaglianza nel diritto privato", Foro it., I, 1960, p.664 ss.

156. Che a tale esigenza si contrapponga l'altra, che trova riconoscimento appunto attraverso il principio d'eguaglianza, di una eguale possibilità per tutti di affermare la propria personalità, ed in riferimento alla quale risultano legittimabili limitazioni alla libertà individuale, è sostenuto da ROSSANO, op. ult. cit., a p.253 ss. (ma cfr. anche p.418 ss.).

157. Con il che si giunge ad una sanzione indiretta di tali atti di autonomia negoziale, consistente appunto nel negarne la giustiziabilità: questa posizione è stata assunta dalla Supreme Court statunitense nel celebre caso Shelley v. Kramer, 334 U.S. 1, 1948.

158. Cfr. le tesi dei giudici costituzionali statunitensi Douglas e White nella loro dissenting opinion al caso Palmer v. Thompson, 403 U.S. 217, a p.234 s., 1971, per cui andrebbe considerata discriminatoria la decisione della pubblica autorità di chiudere una piscina "integrata" (aperta, cioè, a bianchi e neri) per il motivo di ordine pubblico dei rischi di violenze fra i diversi gruppi razziali, oppure per il timore di perdite economiche dovute alla possibilità della mancata frequentazione della stessa da parte di cittadini animati da sentimenti razzisti: in entrambi i casi le finalità perseguite, in se' lecite, implicano infatti la "consacrazione" di un atteggiamento discriminatorio privato che l'ordinamento non dovrebbe invece in alcun modo, neppure indirettamente, legittimare.

159. E' questa la tesi fatta propria da qualche Autore tedesco che sostiene la possibilità di fenomeni di Drittwirkung: cfr. HESSE, Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1985, XV ed., n.357. Ma v. anche nella giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht la sentenza del 26 febbraio 1969, BVerfGE 25, 256, a p.263 ss.

160. V. BATTAGLINI, "Appunti per una ricostruzione del concetto di eguaglianza nell'art.3 della Costituzione italiana", Arch. ric. giur., 1960, p.660 ss., a p.664 (ma già, similmente, CRISAFULLI, "Diritti di libertà e potere dell'imprenditore", Riv. giur. del lavoro, 1954, p.67 ss., a p. 70). Anche la dottrina tedesca ha ritenuto di poter fondare la Drittwirkung del principio di eguaglianza sul par.134 (norme imperative) o sul par.138 ("gute Sitten") del Buergerlichesgesetzbuch: cfr., fra gli altri, VON MANGOLDT, KLEIN, Das Bonner Grundgesetz - Kommentar, 1955, p.203 ss., DUERIG, "Grundrechte und Zivilrechtsprechung", op. cit., a p. 176 ss., BOSCH, HABSCHIED, "Nochmals: Vertragspflicht und Gewissensfreiheit", JZ, 1956, p.297 ss., a p.299; e, fra le sentenze del Bundesverfassungsgericht che hanno recepito tale tesi, quelle del 15 gennaio 1958, BVerfGE 7, 198, a p.205 s. del 17 ottobre 1968, BVerfGE 24, 252, a p.253, del 11 maggio 1976, BVerfGE 42, 143, a p.148.

161. ALEXANDER, "Modern Equal Protection Theories" ecc., cit., a p.58.

162. Una lesione indiretta di un diritto soggettivo costituzionale può aversi quando se ne subordina il godimento all'adempimento di un onere (cfr. sul punto le osservazioni svolte supra, nota 71 e testo relativo).

163. Sulla possibilita' di diversificare, anche all'interno delle norme di legalita' superiore, il "relative weight of rights", v. MARTIN, NICKEL, "Recent Work on the Concept of Rights", American Phil. Q., 1980, p.165 ss., a p.172, nota 14, e, piu' in generale, la teoria dei "preferred rights" proposta dal TRIBE, American Constitutional Law, cit., a p. 564 ss.

164. Il legislatore, se non puo' violare i limiti derivabili dal principio di higher law dell'eguaglianza, puo' senz'altro promuovere livelli di giustizia distributiva superiori a quelli imposti dal principio: per dirla col BAKER, "Outcome Equality or Equality of Respect" ecc., cit., a p.985, "democracy must be authorized to choose, as a policy goal, greater equality than legitimacy requires".

165. Come osserva il RESCIGNO (P.) ("Il principio d'uguaglianza nel diritto privato", Riv. trim. dir. e proc. civ., 1959, p.1515 ss., commento a HUECK, Der Grundsatz der gleichmaessigen Behandlung im Privatrecht, 1958) in tal senso potrebbero interpretarsi le varie norme di diritto civile italiano e tedesco che consentono limitazioni dell'autonomia privata in vista della garanzia della parita' di trattamento. Ma v. anche la riserva espressa dalla Supreme Court nella citata sentenza U.S. v. Guest, a p.754 s., ove, dopo aver affermato la "State action limitation" alla operativita' del principio di eguaglianza, si aggiunge che resta impregiudicata la questione di quale "(s)ubstantive implementation Congress could give to any rights secured by the Equal Protection Clause".

166. Su cui v. quanto osservato supra, sub 1.3.2. e 2.2. L'intervento del legislatore ordinario nella previsione di tali particolari forme di attuazione del principio di eguaglianza consentirebbe anche una piu' attenta ponderazione, caso per caso, dei costi e benefici che, come si diceva (supra, alla nota 76) esse verosimilmente comportano.

167. V. supra, sub 1.2.2.

168. Si consideri soprattutto l'emergenza nella giurisprudenza della Supreme Court statunitense relativa alla "equal protection clause" di tre distinte forme di controllo, lo "strict scrutiny", l' "intermediate scrutiny" ed il "minimum rationality scrutiny". Ma una diversificazione dell'atteggiamento giudiziale in ragione degli interessi materiali coinvolti nella fattispecie sottoposta a controllo puo' cogliersi anche

nell'atteggiamento della Corte costituzionale italiana: cfr. VILLONE, Interessi costituzionalmente protetti e giudizio sulle leggi, 1974.

169. Che "la validita' e la forza di ogni sistema di giustizia costituzionale" dipenda dalla sua capacita' di "adattamento flessibile" a modelli di comportamento di natura volta a volta (piu' accentuatamente) "politica" ovvero "giurisdizionale", in dipendenza delle "condizioni di omogeneita'-disomogeneita', compattezza-frantumazione, efficienza-paralisi, stabilita'-instabilita' che caratterizzano il sistema politico", e' sostenuto da CARETTI, CHELI, "L'influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale", in PIZZORUSSO, VARANO (a cura di), L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei, II, 1985, p.1013 ss., in particolare a p.1030 s.

170. Ad esempio, far ricadere sulla parte che allega la discriminatorieta' di un dato atto o comportamento normativo un maggiore onere della prova (nei modi gia' illustrati supra, sub 2.3.) significhera' proteggere maggiormente la discrezionalita' dell'ente fonte, rendendo piu' difficile la sanzione di sue eventuali violazioni del principio di eguaglianza; e viceversa. Per un'applicazione, v. BELTON, "Burdens of Pleading and Proof" ecc., cit., a p.1275.

171. Nella giurisprudenza della Supreme Court, ad esempio, il prevalente interesse pubblico che consente trattamenti differenziati altrimenti censurabili come discriminatori viene volta a volta qualificato, a seconda del "rigore" del giudizio, come "compelling" oppure (soltanto) "important" o "permissible": infatti, mentre la prima posizione viene assunta rispetto a disparita' di trattamento che penalizzano l'esercizio di un "fundamental right" (cfr. Shapiro v. Thompson, cit., a p.634), la seconda vale invece per "less-than-suspect classifications" (come quelle fondate sul sesso: v. Craig v. Boren, 429 U.S. 190, a p.197, 1976; oppure sulla illegittimita' del rapporto di parentela: v. Lalli v. Lalli, 439 U.S. 259, a p.265, 1978) alle quali si ritiene giusto applicare forme di "intermediate scrutiny" (su cui v. in generale, e criticamente, BLATTNER, "The Supreme Court's 'Intermediate' Equal Protection Decisions" ecc., cit.).



NOTE AL CAPITOLO II

1. Non ci sembra infatti di poter condividere la tesi, talora emergente in giurisprudenza (cfr. i cpv. 6-10 della sentenza Oebel, 155/80, Raccolta 1981, p.1993 e le osservazioni nello stesso caso dell'Avv. Gen. Capotorti, ibid., a p.2012 s. e del Governo francese interveniente, ibid., a p.1999) per cui l'art.7 riguarderebbe soprattutto la liberta' di circolazione delle persone e dei servizi, e tutelerebbe quindi gli operatori economici da discriminazioni in funzione della loro nazionalita' e non anche del luogo in cui esercitano la loro attivita', o in cui ha origine o e' destinato il bene da essi prodotto: questa tesi contrasta infatti a nostro avviso con la logica unitaria che sottende la disciplina delle quattro fondamentali liberta' di circolazione garantite dal Trattato di Roma e con la comune funzione che rispetto - ad esse svolge il divieto di "discriminazioni in base alla nazionalita'" (cio' risultera' chiaro quando si specifichera' il significato particolare che il termine "nazionalita'" acquista in questo contesto:v. infra, sub V.1.1.).

2. Cfr. in tal senso EVERLING, Die Niederlassungsfreiheit im Gemeinsamen Markt, 1963, p.45 e PLATZ, EWG - Niederlassungsrecht und individuelle Rechtspositionen, 1966, p.118 ss.

3. Così' WOHLFARTH in WOHLFARTH, EVERLING, GLAESNER, SPRUNG, Die Europaeische Wirtschaftsgemeinschaft - Kommentar zum Vertrag, 1960, p.15 ss., a p.20 s., che interpreta in tal senso l'inciso dell'art.7,1, li' ove questo vieta le discriminazioni in base alla nazionalita' "senza pregiudizio delle disposizioni particolari previste dal Trattato"; VIGNES, "Clause de la nation la plus favorisee et sa pratique contemporaine. Problemes poses par la Communaute' economique europeenne", in Recueil 130, II, 1970, p.207 ss., a p. 237; SUNDBERG-WEITMAN, Discrimination on Grounds of Nationality - Free Movement of Workers and Freedom of Establishment under the EEC Treaty, 1977, a p.14, nei limiti in cui si tratti di discriminazioni riconducibili alla "full Treaty enforcement area", e cioe' la cui sanzione possa avvenire direttamente attraverso l'art.7, senza la necessita' dell'emanazione di norme secondarie da parte del legislatore comunitario (su tale distinzione v. infra, nota 13 e testo relativo). Che in base all'art.7 possano essere colpite discriminazioni non sanzionate da atti di diritto derivato o da altre disposizioni del Trattato e' stato poi talora sostenuto

dalla Commissione, p.e. in Cristini, 32/75, Raccolta 1975, p.1085, a p.1091 s.

4. Infra, sub V.1. .

5. Così la sentenza Groupement des industries siderurgiques luxembourgeoises, 7 e 9/54, Raccolta 1955-1956, p.51, a p.88; per un'applicazione concreta del principio v. poi la sentenza Ufficio di vendita del carbone della Ruhr, 2/56, Raccolta 1957, p.11, a p.44, ove si afferma che gli art.4,b, e 65, e quindi gli obblighi ivi affermati relativamente al mantenimento di condizioni di eguaglianza fra gli operatori economici del mercato comune del carbone e dell'acciaio, "non si escludono a vicenda ne' l'uno deroga all'altro ma tendono entrambi al conseguimento degli scopi che la Comunita' si prefigge: sotto questi profili essi si integrano". Altre volte la riconducibilita' dei vari divieti specifici di discriminazione ad una ipotesi unitaria di giustizia distributiva emerge invece sotto un diverso profilo: cfr. il caso Cucchi, 77/76, Raccolta 1977, p.987, cpv.21 della sentenza, ove nel valutare un tributo interno gravante sui prodotti agricoli importati la Corte non ritiene necessario accertare l'eventuale violazione del divieto di discriminazioni tra produttori o consumatori di cui all'art.40,3,2, giacche' il divieto di discriminazioni in materia tributaria posto dall'art.95 "consente di reprimere in modo piu' specifico l'eventuale violazione dei principi comunitari fondamentali".

6. Ruckdeschel, 117/76 e 16/77, Raccolta 1977, p.1753, cpv.7 (la stessa formula e' ripresa letteralmente in varie sentenze successive: cfr., fra le altre, Koninlijke Scholten Honig, 125/77, Raccolta 1978, p.1991, cpv.25-27 ed Edeka, 245/81, Raccolta 1982, p.2745, cpv.11). Ma v. anche, in precedenza, la pronuncia Groupement des Hauts Fourneaux et Acieries Belges, 8/57, Raccolta 1958, p.215, a p.237, ove il principio di cui all'art.3,b, CECA, secondo il quale le istituzioni comunitarie devono garantire a tutti gli utilizzatori del mercato comune che si trovano in situazioni comparabili un eguale accesso alle fonti di produzione, viene considerato espressione particolare del "principio generalmente ammesso nell'ordinamento degli Stati membri" della "uguaglianza degli amministrati di fronte alla regolamentazione economica".

7. Cp.v.24 della sentenza Rewe Zentrale II, 45/75, Raccolta 1976, p.181.

8. E cioè, appunto, l'immediata vincolatività della norma comunitaria nei confronti dei suoi destinatari e quindi la sua idoneità a dare origine a situazioni giuridiche azionabili in giudizio. Sul significato in diritto comunitario di questo concetto, e in particolare sulla sua autonomia rispetto a nozioni solo apparentemente simili (in particolare, quella di "applicabilità diretta") la letteratura è ormai vastissima: oltre alla sintesi di SCHERMERS, Judicial Protection in the European Communities, 1983 (III ed.), p.101 ss. e p.115 ss., si rinvia, fra gli altri, a BLECKMANN, "L'effet direct des normes et decisions de droit europeen", in Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit europeen, Colloquio di Bruxelles del 24-25 aprile 1975, MARESCEAU, De directe werking van het Europese Gemeenschapsrecht, 1978, LUZZATTO, La diretta applicabilità nel diritto comunitario, 1980, KOVAR, "L'integrité de l'effet direct du droit communautaire selon la jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté", in BIEBER, BLECKMANN, CAPOTORTI u.a. (Hrsg.), Das Europa der zweiten Generation. Gedächtnisschrift fuer Christoph Sasse, I, 1981, p.151 ss., STEINER, "Direct Applicability in EEC Law", The Law Quarterly Rev., 1982, p.229 ss., e da ultimo, per una efficace messa a punto dei vari concetti, CAPELLI, Le direttive comunitarie, 1983, p.262 ss.

9. Cfr. la sentenza Iannelli, 74/76, Raccolta 1977, p.557, cpv.13.

10. Cfr. le sentenze Van Duyn, 41/74, Raccolta 1974, p.1337, cpv. 4-8 e Watson, 118/75, Raccolta 1976, p.1185, cpv. 11-12.

11. La Corte non si è mai pronunciata espressamente sul punto; esistono tuttavia casi nei quali essa ha derivato direttamente dall'art.7 obblighi alla parità di trattamento: cfr. le sentenze Wilhelm, 14/68, Raccolta 1969, p.1, cpv.12-13 (l'art.7 vieta agli Stati membri di applicare la propria legislazione antimonopolistica differenziando in ragione della nazionalità delle parti interessate) e Sacchi, 155/73, Raccolta 1974, p.409, cpv. 20 (l'art.7 vieta ad imprese titolari di un diritto di esclusiva alla trasmissione televisiva di pubblicità commerciale di discriminare in base alla nazionalità nello svolgimento di tale attività).

12. Come segno di questo favor della Corte verso l'attribuzione di effetto diretto ai divieti comunitari di discriminazione si consideri la sentenza Thieffry, 71/76,

Raccolta 1977, p.765, in particolare al cpv.17, che dichiara incompatibili con il principio di non discriminazione in materia di liberta' di stabilimento ex art.52 alcuni ostacoli posti da uno Stato membro a cittadini di altri Stati membri a causa della diversita' dei titoli accademici in loro possesso, e cio' nonostante la mancata emanazione da parte del Consiglio delle direttive sul reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati e altri titoli appositamente prevista per l'eliminazione di tali ostacoli dall'art.57,1.

13. Discrimination on Grounds ecc., cit., a p.16 s. (e per un esempio concreto a p.92): le ragioni "pratiche" che farebbero in certe ipotesi dell'art.7,1, "(a) postulate only which sets a framework for what may be effectively prohibited by special rules in the application of para.2" sarebbero per l'Autrice eventuali difficolta' nello stabilire i criteri per accertare l'esistenza o meno di una discriminazione, nell'individuare le misure utili ad una loro effettiva sanzione, oppure nell'adeguare il contenuto del divieto alle mutevoli esigenze del processo integrativo.

14. Non a caso in seguito (p.35) l'Autrice giunge a negare che ex art.7,2, il Consiglio possa ampliare il contenuto dei divieti comunitari di discriminazione argomentando dalla sentenza Governo della Repubblica Francese c. Alta Autorita', 1/54, Raccolta 1954-1955, p. 7, nella quale la Corte nega all'esecutivo comunitario il potere di derogare nella sua attivita' di normazione secondaria ai divieti posti dall'art.60,1, CECA: con il che si confondono, come vedremo subito, due fenomeni del tutto diversi.

15. La letteratura sul tema e' alquanto vasta: v. da ultimo LASOK, "Unwritten Principles of Community Law", in RESS, WILL (Hrsg.), Universitaet des Saarlandes - Vertraege, Reden und Berichte aus dem Europa Institut, n.8, 1982.

16. Cfr., p.e., la sentenza Algera, 7/56 e 3-7/57, Raccolta 1957, p.81, a p.114 ss. (constata l'assenza di norme espresse del Trattato CECA sul punto in questione in un ricorso di funzionari della Comunita', la Corte fa applicazione di un principio di diritto amministrativo comune agli Stati membri).

17. Di scarsa "profondita' normativa" dell'ordinamento comunitario parla BADIALI, Il diritto degli Stati negli ordinamenti delle Comunita' Europee, 1971, a p.24.

18. Così SCHERMERS, Judicial Protection ecc., cit., a p.28 s., ritiene possa interpretarsi l'inciso dell'art.173 del Trattato CEE citato nel testo (o i paralleli enunciati dell'art.33 del Trattato CECA o dell'art.146 del Trattato Euratom). Un espresso riferimento ai "principi comuni ai diritti degli Stati membri" e' poi contenuto nell'art.215 del Trattato di Roma che fa ad essi rinvio per quanto riguarda la disciplina del risarcimento dei danni per responsabilita' extracontrattuale della Comunita'.

19. SCHERMERS, op. ult. cit., a p.26 ss. (enfasi nell'originale), distinguendo tre categorie di "general principles of law" - "compelling legal principles, stemming from the common legal heritage of Western Europe, and setting out binding legal rules"; "regulatory rules common to the laws of the Member States . . ., all other rules, which for whatever reason happen to be common to the legal orders of all Member States"; "general rules, native to the Community legal order . . . legal constructions repeatedly employed by the (Community) legislature, legal reasonings repeatedly followed by the Court (of Justice)" - ritiene che i principi del primo tipo prevalgano in caso di conflitto su qualsiasi altro elemento di diritto comunitario ad eccezione delle norme dei trattati, mentre gli altri principi generali troverebbero applicazione solo in via residuale, rispetto a fattispecie non altrimenti disciplinate.

20. SCHERMERS, op. ult. cit., a p.27, nota 80, ricorda come RUEBER, Der Gerichtshof der Europaeischen Gemeinschaften und die Konkretisierung allgemeiner Rechtsgrundsätze, 1970, a p.25 ss., richiami venti Autori che danno venti definizioni diverse del concetto di "principi generali del diritto".

21. In generale, sul ricorso da parte della Corte di giustizia a tali metodi interpretativi, v. GUEGAN, Les methodes de la Cour de Justice des Communautés Europeennes, These pour le doctorat d'etat en droit, 1979.

22. QUADRI, Diritto internazionale pubblico, (IV ed.) 1963, a p. 180, e SPERDUTI, La C.E.C.A. -Ente sopranazionale, 1966, p.65; ma v. anche TIZZANO, La Corte di Giustizia delle Comunita' Europee, 1966, a p.49 ss., in particolare a p.54, per il quale il ricorso ai principi generali del diritto non comporterebbe "(u)n rinvio formale agli ordinamenti interni, ne' un'applicazione diretta o per analogia delle relative norme, o comunque una loro trasposizione sul piano comunitario, ma semplicemente

un'utilizzazione in via di fatto di quelle norme" in vista della produzione di nuovo diritto comunitario.

23. Sulla dottrina sviluppata dalla Corte di giustizia in materia di "diritti fondamentali" v. quanto osservato fra breve, sub 1.3.2.; in particolare, sul problema del contenuto "minimo" o "massimo" del loro standard di protezione comunitario, oltre agli Autori richiamati di seguito, si rinvia alla letteratura citata da NASCIMBENE, Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo, 1985, p.257, alle note 57 e 58.

24. CAPOTORTI, "Il diritto comunitario dal punto di vista del giudice nazionale", RDIPP, 1977, p.497 ss., a p.515: "dal punto di vista della Corte, gli obblighi comunitari dovrebbero comunque prevalere di fronte ad un diritto fondamentale che venisse dedotto dalla costituzione di un singolo stato membro, senza potersi annoverare fra i diritti riconosciuti da tutti gli stati membri".

25. Nel primo caso in cui ha dato concreta applicazione alla dottrina sui "diritti fondamentali" (Hauer, 44/79, Raccolta 1979, p.3727) la Corte ha insistito sul fatto che il diritto invocato (quello di proprietà) veniva garantito dall'ordinamento giuridico comunitario in conformita' ai precetti costituzionali comuni a tutti gli Stati membri, in riferimento ai quali andavano derivati contenuto e limiti di tale diritto ( per una conferma di questo approccio in un settore diverso - tutela della riservatezza della corrispondenza fra avvocato e cliente - v. il caso A.M. & S., 155/79, Raccolta 1982, p.1575). D'altro canto il passaggio della sentenza Nold II, 4/73, Raccolta 1974, p. 491, cpv.13, in cui si afferma che la Corte non puo' ammettere misure che siano incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e protetti dalle costituzioni degli Stati membri potrebbe interpretarsi anche come adozione della opposta teoria dello "standard massimo", implicando l'invalidazione di atti o comportamenti lesivi di diritti fondamentali protetti nell'ordinamento anche di un solo Stato membro.

26. PESCATORE, "La protection des droits fondamentaux par le pouvoir judiciaire - Rapport communautaire", in FEDERATION INTERNATIONALE DE DROIT EUROPEEN, L'individu et le droit europeen, 1975, II, 2, p.1 ss., a p.6: la Corte di giustizia "se sent a' tel point garante du respect de ce qu'il y a de meilleur dans les traditions constitutionnelles des Etats, qu'elle n'admettra, dans son domaine, aucune atteinte au droits fondamentaux qui la mettraient en conflit avec les conceptions qui paraissent

intangibles pour l'un quelconque d'entre eux". V. anche nello stesso senso PHILIP, "La Cour de Justice des Communautés Europeennes et la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire", AFDI, 1975, p.383 ss., a p.392; COHEN JONATHAN, "La Cour des Communautés Europeennes et les droits de l'homme", RMC, 1978, p.74 ss., a p.79; LOUIS, "L'incidence de l'elargissement sur la protection des droits de l'homme. L'avenir du mecanisme de sauvegarde", RDH, 1972, p.675 ss., a p.678.

27. Per esemplificare, si consideri la tutela accordata ad un classico diritto di liberta', quello di riunione, negli ordinamenti costituzionali della Repubblica italiana e della Repubblica Federale tedesca: all'enunciato dell'art.8 della Grundgesetz tedesca, la cui identita' quasi letterale con quello dell'art.17 della costituzione italiana potrebbe condurre a prima vista ad affermare l'esistenza di un "principio comune" in materia, fa da pendant la disposizione del successivo art.18 che prevede la "perdita" di tale diritto fondamentale per "abuso" nel caso in cui venga esercitato "per combattere l'ordinamento fondamentale democratico e liberale" (cfr. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), Costituzioni straniere contemporanee - I. Gli Stati di democrazia classica, 1980, p.155 ss.); ipotesi questa del tutto ignota all'ordinamento italiano (che consente solo "limitazioni" dei diritti fondamentali, come peraltro la stessa Grundgesetz al distinto art.19), ed espressione a nostro avviso di una profonda diversita' nel modo di concepire l'organizzazione di uno "Stato di diritto" e la funzione a tal fine della garanzia dei diritti di liberta'. Ora, cosa potra' significare di fronte a una divergenza di questo genere garantire uno standard "massimo" o "minimo" di protezione? Si sarebbe istintivamente portati a ritenere ( e molto probabilmente i fautori delle due opposte tesi converrebbero sul punto) che nel primo caso la Corte dovrebbe adottare come modello il diritto italiano, palesemente piu' "garantista", mentre nel secondo il punto di riferimento dovrebbe essere il piu' rigido diritto della Repubblica Federale. Ma e' evidente l'equivoco: nell'opinione del costituente tedesco la compressione che in quell'ipotesi particolare si ammette possa realizzarsi del diritto individuale di riunione nient'altro e' se non lo strumento indispensabile per "massimizzare" la protezione della comunita' da sovvertimenti rivoluzionari delle regole inderogabili da cui e' retta e quindi anche, in ultima istanza, per garantire piu' efficacemente la fruibilita' da parte della comunita' stessa nel suo insieme dello stesso diritto di riunione; mentre, per converso, adottando il punto di vista del costituente italiano potrebbe ritenersi inaccettabile perche' incostituzionale, e quindi inidonea a costituire un "minimo comune denominatore", una disciplina dell'esercizio dei diritti di liberta' che arrivasse a prevederne non la limitazione, ma la negazione tout court. Il fatto e' che, come si accennava, le due

normative in esame riflettono scelte politiche diverse, espressione di diverse ideologie e di un diverso equilibrio fra interessi confliggenti: ricondurle ad unita', cosi' come, nella maggior parte dei casi, ricondurre ad unita' le tradizioni costituzionali degli Stati membri - si tratti di mirare a un "denominatore comune" oppure alla "massima protezione" - presuppone dunque necessariamente il riferimento della Corte ad un proprio, esterno criterio di valutazione.

28. Soprattutto quella della responsabilita' aquiliana delle Comunita' rispetto alla quale, come gia' si ricordava, il Trattato di Roma fa espresso rinvio ai principi generali di diritto comuni agli Stati membri quale fonte integrativa. Non e' un caso che la dottrina meno recente, che non aveva ancora di fronte a se' la prassi in materia di diritti fondamentali, concordasse quasi unanimemente sul potere della Corte di affermare anche principi che non fossero comuni agli ordinamenti di tutti gli Stati membri: cfr. MIGLIAZZA, La Corte di Giustizia delle Comunita' Europee, 1961, a p.365, VITTA, L'integrazione europea, 1962, a p.183. TIZZANO, La Corte di Giustizia ecc., cit., a p. 56, ma anche, piu' in la' nel tempo, GREMENTIERI, Il processo comunitario - Principii e garanzie fondamentali, 1973, a p.32 ss. (in particolare, a p.37, nota 67 ove sono richiamati i pareri conformi di numerosi altri Autori); contra, isolatamente, CASSONI, "I principi generali comuni agli ordinamenti degli stati membri quale fonte sussidiaria del diritto applicato dalla Corte di Giustizia delle Comunita' Europee", DI, 1959, p.455 ss., a p. 456.

29. Conclusioni dell'Avv. Gen. Lagrange nel caso Koninlijke Nederlandsche Hoogovens, 14/61, Raccolta 1962, p.471, a p.523, il quale sottolinea come sia appunto questo "lo spirito che ha finora animato la Corte" nella sua opera di enucleazione dei principi generali del diritto; similmente, l'Avv. Gen. Roemer nelle sue conclusioni al caso Schoeppenstedt, 5/71, Raccolta 1971, p.975, a p.989 (enfasi nel testo) ove si sostiene che nel richiamarsi ai principi generali la giurisprudenza comunitaria "non deve tener conto solo delle norme comuni" ma piuttosto "delle finalita' specifiche del trattato e delle particolarita' della struttura comunitaria" e si citano a sostegno vari Autori (Much, Heldrich, Zweigert). Che questo approccio sia stato a lungo condiviso dalla Corte e' comprovato dalle esplicite dichiarazioni in tal senso di uno dei suoi membri, nel corso di un intervento accademico: "There is complete agreement that when the Court interprets or supplements Community Law on a comparative law basis, it is not obliged to take the minimum which the national solutions have in common, or their arithmetic mean or the solution produced by a majority of the legal systems

as the basis of its decision. The Court has to weigh up and evaluate the particular problem and search for the 'best' and 'most appropriate' solution" (così il giudice KUTSCHER, "Methods of interpretation as seen by a Judge at the Court of Justice", in COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, Judicial and Academic Conference, 27-28 September 1976, I, 1976, p.5 ss., a p.29.

30. Così, sempre in riferimento alla materia della responsabilità extracontrattuale, l'Avv. Gen. Gand nel caso Sayaq, 9/69, Raccolta 1969, p.329, a p.340. Sulla correttezza e opportunità di questo approccio nella definizione dei principi generali del diritto v. GANSHOF VAN DER MEERSCH, L'Ordre juridique des Communautés Europeennes, 1975, p.169, IPSEN, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, p.114, LOUIS, L'Ordre juridique communautaire, 1979, p.64, REUTER, in Melanges Rolin, 1964, a p. 273, ZWEIGERT, Les Nouvelles, 1969, para.1203, tutti richiamati da LASOK, "Unwritten Principles" ecc., cit., a p.12, nota 15, che sembra concordare sul punto.

31. Rispettivamente, sentenza in cause riunite 117/76 e 16/77, cit., cpv.7 e sentenza in cause riunite 124/76 e 20/77, Raccolta 1977, p.1795, cpv. 14-17. Si noti che questo approccio era già stato preannunciato dalle conclusioni dell'Avv. Gen. Trabucchi nel caso Mignotiers de la Champagne, 11/74, Raccolta 1974, p. 877, a p.890 s., ove, esclusa l'applicabilità del divieto di cui all'art.40,3,2, a trasformatori e commercianti di prodotti agricoli, si era tuttavia ritenuto che la fattispecie classificatoria in esame andasse parimenti valutata richiamando il "più" generale divieto di discriminazioni che è inerente al Trattato stesso e che vieta alle istituzioni comunitarie di fare delle differenze di trattamento arbitrario tra tutti i diversi soggetti delle norme comunitarie".

32. Cfr., p.e., la sentenza Edeka, 245/81, Raccolta 1982, p.2745, al cpv.11, ove la massima di Ruckdeschel è richiamata al fine di valutare una classificazione interessante importatori di prodotti agricoli presumibilmente causa di distorsioni del gioco concorrenziale, tali soggetti non rientrando secondo la Corte fra quelli direttamente tutelati dall'art.40,3,2 (similmente, v. anche le posizioni dell'Avv. Gen. Slynn in Faust, 52/81, Raccolta 1982, p.3745, a p.3772, allorché, nel dubbio sulla possibilità di qualificare agenti di uno Stato terzo fornitore della Comunità come "produttori" o "consumatori" ai sensi dell'art.40,3,2, afferma l'invocabilità comunque da parte di tali soggetti del principio generale di eguaglianza).

33. 1/72, Raccolta 1972, p.466, cpv.19. Ma cfr. anche le conclusioni dell'Avv. Gen. Lagrange al caso Governo della Repubblica Italiana c. Commissione, 13/63, Raccolta 1963, p.337, a p.366 ss., ove il richiamo al "divieto di discriminazione, principio generale del diritto, di quello economico in particolare", definito come uno dei principi del Trattato di cui non e' ammessa la violazione neanche ad opera di misure eccezionali quali quelle assunte ex art.226, serve in realta', come mostrano le successive argomentazioni, a consentire un "controllo di ragionevolezza" di tali misure in relazione appunto (soltanto) alla complessiva nozione materiale di eguaglianza derivabile dalle stesse disposizioni materiali del Trattato di Roma.

34. Cfr. la sentenza Ferwerda, 256/78, Raccolta 1980, p.617, cpv.7-12, ove la Corte afferma che il sistema generale delle disposizioni finanziarie del Trattato (e cioe' l'insieme delle norme relative alla determinazione ed alle condizioni di riscossione degli oneri finanziari che la Comunita' e' competente ad imporre e che costituiscono specificamente risorse proprie, quali i dazi doganali, i prelievi agricoli e gli importi monetari compensativi, nonche' quelle relative alle condizioni cui sono subordinate la concessione e la liquidazione agli operatori economici di benefici finanziari a carico del bilancio comunitario) "esattamente come quelli corrispondenti negli Stati membri, si ispira al principio generale di uguaglianza, in base al quale situazioni simili non possono essere trattate in modo diverso, a meno che la diversita' di trattamento non sia oggettivamente giustificata", per cui "i tributi che alimentano il bilancio comunitario ed i benefici finanziari a carico di tale bilancio debbono essere disciplinati ed applicati in modo da gravare uniformemente o da avvantaggiare in modo uniforme tutti coloro che si trovano nella situazione stabilita dalla normativa comunitaria per esserne colpiti o fruirne" (conforme la sentenza Industria Salumi, 66, 127 e 128/79, Raccolta 1980, p.1237, cpv.14-21).

35. Sentenza Commissione c. Repubblica Italiana, 39/72, Raccolta 1973, p.101, cpv. 24-25. Su questo profilo tipico di discriminatorieta' e sui valori di giustizia distributiva che esso incarna, v. infra, sub V.1.4. e V.2.3. e 4.

36. E cioe', dal Bundesverfassungsgericht tedesco che nella sentenza Internationale Handelsgesellschaft del 29 maggio 1974 (BVerfGE 37, 271, riportata anche in RTDE, 1975, p. 316 ss., con nota di FROMONT) si e' riservato il potere di controllare la compatibilita' di atti comunitari con i Grundrechte riconosciuti

dalla Legge Fondamentale di Bonn finche' le Comunita' non dispongano di un "catalogo" equivalente di diritti fondamentali adottato da un Parlamento democraticamente eletto); e della Corte Costituzionale italiana che nella sentenza Frontini del 27 dicembre 1973, n.183 (in Giur. Cost., 1973, p.2401 ss., con nota di BARILE, P.) ha riconosciuto la possibilita' di sindacare la legittimita' costituzionale della legge di ratifica del trattato istitutivo della Comunita' Economica Europea per l'ipotesi in cui atti o comportamenti delle istituzioni, adottati in esecuzione di questo, risultino incompatibili con i "principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale" italiano o con i "diritti inalienabili della persona umana".

37. Cfr. infatti la gia' citata sentenza Hauer ove non a caso l'enfasi della Corte cade inizialmente proprio sul fatto che " il richiamo a criteri di valutazione speciali, propri della legislazione o del sistema costituzionale di uno Stato membro, incrinerebbe inevitabilmente l'unita' del mercato comune e comprometterebbe la coesione della Comunita', giacche' menomerebbe l'unita' e l'efficacia del diritto comunitario" (cpv.14). Sull'importanza di questo aspetto, anche per spiegare il diverso atteggiamento qui assunto dalla Corte rispetto a precedenti sentenze (cfr. Stork, 1/58; Raccolta 1958-1959, p. 41, a p. 60, o Sgarlata, 40/64, Raccolta 1965, p. 271, a p. 288 s.) v. le osservazioni di WEILER, "Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities", dattiloscritto, 1985, a p.9 ss. e p.20 ss.

38. Stauder, 29/69, Raccolta 1969, p.419, cpv. 7. Con un linguaggio parzialmente diverso (la Corte afferma che e' "la tutela dei diritti fondamentali" a formare parte integrante dei principi generali del diritto) le stesse posizioni vengono riprese nella successiva sentenza Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Raccolta 1970, p.1125, cpv:4.

39. Nold II, 4/73, Raccolta 1974, p.491, cpv.13. Si noti che una posizione simile era gia' stata assunta molti anni prima, senza ricevere tuttavia credito da parte dei giudici del Lussemburgo, dall'Avv. Gen. Lagrange nel caso Geitling, 36, 37, 38 e 40/59, Raccolta 1960, p. 827, a p.878.

40. Giustamente WEILER, op. ult. cit., a p. 25 ss., sottolinea l'esistenza in tale giurisprudenza di un "melange of imperative and facultative language", evidente soprattutto quando la Corte, dopo aver individuato nelle costituzioni degli Stati membri una fonte di ispirazione, afferma che non puo' quindi

ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali ivi riconosciuti e garantiti (cpv. 13 della sentenza Nold II, cit.); il "facultative language", per dirla col WEILER, ci sembra tuttavia nell'insieme prevalente.

41. Sentenza Nold II, cit., cpv.13.

42. Cfr. PIETRI, "Le valeur juridique des accords liant la Communauté Economique Européenne", RTDE, 1976, p.51 ss. e p.194 ss., a p. 64 ss.; PESCATORE, "L'application judiciaire des traites internationaux dans la Communauté européenne et dans ses Etats Membres", in Melanges offerts a' Pierre-Henri Teitgen, 1984, p. 355 ss., a p.393 ss.

43. Oltre ai cpv.17-19 della sentenza Hauer, cit., v. le sentenze Rutili, 36/75, Raccolta 1975, p.1220, cpv.32, Van Landewijck, 209-215 e 218/78, Raccolta 1980, p.3125, cpv.81, Valsabbia, 154, 205, 206, 226-228, 263 e 264/78 e 39, 31, 83 e 85/79, Raccolta 1980, p.907, cpv.88-89, National Panasonic, 136/79, Raccolta 1980, p.2033, cpv.19, (implicitamente) Testa, 41, 121 e 796/79, Raccolta 1980, p. 1981, cpv. 18. Ma v. anche i riferimenti alla Convenzione di Commissione e Avvocato Generale in Royer, 48/75, Raccolta 1976, p.497, alle pp.507 e 523, e dell'Avvocato Generale in Pecastaing, 98/79, Raccolta 1980, p.691, a p.726 ss. (in risposta ad una espressa questione sul punto posta dal giudice nazionale a quo e che la Corte invece elude).

44. Cfr. la sentenza Defrenne III, 149/77, Raccolta 1978, p.1365, cpv.28. Pari rilievo potrebbero assumere anche convenzioni adottate nel quadro del Consiglio d'Europa, come p.e. la Convenzione europea di stabilimento o la Convenzione relativa allo statuto giuridico del lavoratore migrante, su cui v. NASCIMBENE, Il trattamento dello straniero ecc., cit., a p.279 ss.

45. Contra, nel senso cioè della diretta vincolatività per le Comunità Europee della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, si sono pronunciati, con argomentazioni diverse, vari Autori: fra gli altri, Waelbroeck, "La Convention Européenne des Droits de l'Homme lie-t-elle les Communautés Européennes?", in AA.VV., Droit Communautaire et Droit National, 1965, p. 305 ss., REUTER, "Rapport des trois traites avec les autres engagements internationaux souscrits par les Etats membres", in GANSHOF VAN DER MEERSCH (a cura di), Les Nouvelles - Droits des Communautés

Europeennes, 1969, p.89 ss., a p.92, TEITGEN, Intervento al Colloquio di Grenoble su "L'efficacite' des mecanismes juridictionnels de protection des personnes privees dans le cadre europeen", RDE, 1973, p. 603 ss., a p.665 s., GREMENTIERI, "Il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunita' Europee per la protezione dei diritti fondamentali in Europa", in Studi Liebman, 1980, II, p.969 ss., PESCATORE, "Les droits de l'homme et l'integration europeenne", CDE, 1968, p.629 ss., a p.650, PHILIP, "La Cour de Justice" ecc., cit., a p.402, e da ultimo, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, MENDELSON, "The European Court of Justice and Human Rights", YEL, 1981, p.125 ss., a p. 156 ss. e "The Impact of European Community Law on the Implementation of the European Convention on Human Rights", YEL, 1983, p.99 ss.. Senza entrare nel merito delle varie tesi avanzate in questa copiosa letteratura, ci si puo' limitare a constatare che sinora la Corte di giustizia non si e' mai pronunciata esplicitamente in questo senso (e, significativamente, nonostante avesse avuto occasioni per farlo: cfr. le questioni pregiudiziali proposte dal Tribunale di Milano nel caso Watson, 118/75, Raccolta- 1976, p.1185, a p. 1187), ricorrendo anzi ad espressioni che sembrerebbero piuttosto suffragare quanto da noi argomentato nel testo; e che la Commissione, che pure in un primo momento si era mossa in questa direzione ("La salvaguardia dei diritti fondamentali nell'elaborazione e nello sviluppo del diritto comunitario", relazione al Parlamento europeo ed al Consiglio del 4 febbraio 1976, in Boll. C.E., Suppl. 5/76, 1976, a p.15 s.), ha finito poi per sostenere la necessita' di un formale atto di adesione delle Comunita' alla Convenzione affinche' questa possa divenire operante nello spazio giuridico comunitario (v. "Adesione della Comunita' alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo", in Boll. C.E., Suppl. 2/79, 1979, a p.10 s.).

46. E' il cpv.32 gia' citato.

47. PHILIP, "La Cour de Justice" ecc., cit., a p.395.

48. Conforme l'Avv. Gen. Trabucchi in Watson, cit., Raccolta 1976, p.1205 ss., per il quale "non si trattava, nello spirito della sentenza," (Rutili) "di un rinvio materiale alle disposizioni," (della Convenzione) "ma solo di un richiamo dei generali principi di cui esse, analogamente alle norme comunitarie con cui la sentenza aveva fatto il parallelo, sono una particolare espressione". Nello stesso senso HUBEAU, "L'exception d'ordre public et la libre circulation des personnes en droit communautaire", CDE, 1981, p.207 ss., a p.231, e (sembra) l'Avv. Gen. Capotorti in Adoui e Cournaille, 115 e

116/81, Raccolta 1982, p.1665, a p.1718. Che la Convenzione possa servire alla Corte per "rafforzare" le proprie conclusioni, ma che essa non costituisca uno strumento di diritto comunitario come tale direttamente applicabile dal giudice nazionale e' poi affermato dall'Avv. Gen. Mayras nel caso Royer, cit., Raccolta 1976, a p.523.

49. E' sotto questo profilo che essi forniscono "des elements essentiels pour preciser le sens de la regle non ecrite de droit communautaire" dell'eguaglianza "dont on affirme actuellement l'existence" (CAPOTORTI, Le principe d'egalite' en droit economique, : rapport communautaire", in FEDERATION INTERNATIONALE DE DROIT EUROPEEN, Le principe d'egalite' en droit economique, 1984, p.1 ss., a p.3).

50. Cfr. infatti quanto osservato infra, sub V.2.6., in merito alla garanzia comunitaria del valore della pari dignita' umana.

51. Il termine e' di CAPPELLETTI, "Giustizia costituzionale sopranazionale - Il controllo giudiziario delle leggi e la giurisdizione delle liberta' a livello internazionale", RDP, 1978, p. 1 ss., a p.24 ss.

52. Sulle non semplici questioni relative al coordinamento fra il sistema previsto dalla Convenzione europea e l'ordinamento comunitario esiste un'ampia letteratura; si veda, innanzitutto, FERRARI BRAVO, "Problemi tecnici dell'adesione delle Comunita' Europee alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo", RDE, 1979, p.347 ss.; e poi, fra gli altri: SOERENSEN, "The enlargement of the European Communities and the protection of Human Rights", EY-AE, 1971, p. 3 ss., a p. 10 s., COHEN-JONATHAN, "Droits de l'homme et pluralite' des systemes europeens de protection internationale - Rapport", RDH, 1972, p.615 ss., a p. 624 ss., ROTTOLA, "Il problema della tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'ordinamento comunitario", RDE, 1978, p.219 ss., a p.225 ss.; MENDELSON, "The Impact of European Community Law" ecc., cit., passim; WEILER, "Protection of Fundamental Human Rights" ecc., cit., a p.38 ss.

53. Per una rassegna della giurisprudenza in materia si rinvia, oltre agli Autori citati di seguito, a SCHERMERS, Judicial Protection ecc., cit., a p.65 ss.

54. Cfr., p.e., le argomentazioni delle parti private nei casi Buitoni, 122/78, Raccolta 1979, p.677, a p.680 e Forges de Thy - Marcinelle, 26 e 86/79, Raccolta 1980, p.1083, a p. 1089 s.

55. Sentenza in causa 114/76, Raccolta 1977, p.1211, al cpv.7. Ma v. anche, nello stesso senso, la sentenza Milac, 8/78, Raccolta 1978, p. 1721, al cpv.18 (dalla "premessa" che ai sensi dell'art.40 il diritto comunitario dell'agricoltura deve escludere qualsiasi discriminazione a motivo della nazionalita' o dell'ubicazione di produttori e consumatori la Corte deriva la "conseguenza" che "i vari elementi dell'organizzazione comune dei mercati . . . non possono differenziarsi . . . se non in base a criteri di natura oggettiva che garantiscano la suddivisione proporzionata dei vantaggi e degli svantaggi per gli interessati": enfasi aggiunta). Conforme SCHMITTHOFF, "The Doctrines of Proportionality and Non-Discrimination", ELR, 1977, p.329 ss., a p.331.

56. Cfr. in tal senso CAPOTORTI, "Le principe d'egalite'" ecc., cit., a p. 5 s., che riprende posizioni gia' espresse come Avvocato Generale nel caso Bela - Muehle, cit., Raccolta 1973, p.1231 s. V. anche VAJDA, "Some Aspects of Judicial Review within the Common Agricultural Policy", ELR, 1979, p. 244 ss. e p.341 ss., a p.348 ss. ("the test for discrimination is very specific while that for proportionality is more general. By adding the general criteria of proportionality on to the specific criteria of discrimination, one confuses the two principles and weakens both").

57. Soprattutto quella ad esaurire il controllo di proporzionalita' nell'accertamento della "necessita'" della misura oggetto di scrutinio: v. NERI, "Le principe de proportionnalite' dans la jurisprudence de la Cour relative au droit communautaire agricole", RTDE, 1981, p.652 ss., a p.653, per il quale il principio esprimerebbe (soltanto) "l'exigence d'une proportion stricte entre le but legal que le legislateur poursuit et le moyen choisis pour la realization de ce but", oppure le conclusioni dell'Avv. Gen. Reischl al caso Roquette Freres, 138/79, Raccolta 1980, p. 3333, a p. 3380, che dal principio di proporzionalita' deriva (anche qui, unicamente) l'obbligo che i provvedimenti onerosi non eccedano quanto necessario al raggiungimento dello scopo al quale sono intesi; ma v. anche quanto osservato alla nota seguente.

58. L'Avv. Gen. Capotorti nelle sue conclusioni al caso Valsabbia, cit., Raccolta 1980, p.1054, rianalizzando la

precedente giurisprudenza sul punto ( le sentenze in causa 25/70, Einfuhr, 5/73, Balkan, 63-69/72, Werhahn) osserva come per la Corte il principio di proporzionalita' comporti appunto che le istituzioni nell'esercitare i loro poteri abbiano cura di evitare che gli oneri imposti superino la misura necessaria al raggiungimento degli scopi perseguiti (ma v. gia' in senso simile le conclusioni dello stesso Avvocato Generale nel caso Buitoni, cit., Raccolta 1979, p.691 ss., ed i cpv.16-23 della relativa sentenza).

59. Come si dira' meglio in seguito (infra, sub V.3.2.), cio' si coglie soprattutto rispetto ad ipotesi di deroga al diritto comune: alla rigida alternativa fra l'ammettere o il vietare in astratto atti o comportamenti normativi finalizzati alla soddisfazione di interessi meritevoli di tutela in via di eccezione ma lesivi di altri interessi ordinariamente protetti dall'ordinamento, il ricorso al controllo di "proporzionalita' in senso proprio" consente di sostituire una valutazione caso per caso, basata appunto sul valore relativo di vantaggi e svantaggi che la norma oggetto del giudizio comporta ai confliggenti interessi coinvolti nella fattispecie.

60. In tal senso possono interpretarsi quei casi in cui alle parti ricorrenti, che invocano il principio di proporzionalita' anche in questa particolare accezione, la Corte o gli Avvocati Generali rispondono con una verifica in merito soltanto alla "causalita'" o "necessita'" della misura: cfr., p.e., nei casi Internationale Handelsgesellschaft, cit., e Einfuhr, 26/70, Raccolta 1970, p.1183, le argomentazioni delle parti private che, nell'impugnare un onere comunitario di cauzione per l'effettuazione di importazioni o esportazioni, ne allegano l'illegittimita' non solo a causa della configurabilita' di provvedimenti alternativi piu' efficaci e meno gravosi, ma anche per la sproporzione fra l'onere stesso, eccessivo rispetto ai normali margini di profitto degli operatori economici del settore, ed i risultati che attraverso di esso si possono conseguire (Raccolta 1970, rispettivamente alle pp. 1129 e 1187), con le decisioni della Corte che si dilungano nell'analisi dei primi due profili, facendo o trattando solo indirettamente e marginalmente di quest'ultimo (rispettivamente, ai cpv.5-16, ove la Corte riprende le identiche posizioni dell'Avv. Gen. Dutheillet de Lamothe, ibid., p.1148 ss., e ai cpv.3-7); oppure v. le conclusioni dell'Avv. Gen. Capotorti in Valsabbia, cit. supra alla nota 58, nelle quali non viene presa in considerazione la tesi delle imprese ricorrenti (ibid., Raccolta 1980, p.1055) sulla eccessivita' dei sacrifici ad esse imposti in quanto tali da compromettere un loro legittimo interesse al mantenimento di condizioni di competitivita' sul mercato. Ma v. anche la

giurisprudenza richiamata alla precedente nota 58 e la possibilita' di leggervi, come ad esempio fa l'APOLLIS ("Le principe de l'egalite' de traitement en droit economique communautaire", RMC, 1980, pp. 72 ss. e 140 ss., a p.150 ss.), la riduzione del controllo di proporzionalita' al solo accertamento della funzionalita' e necessita' della misura adottata (e dei relativi costi) rispetto al fine perseguito.

61. Cit. supra, nota 55 e testo relativo; cfr. il cpv.7 della sentenza e soprattutto le conclusioni dell'Avv. Gen. Capotorti, ibid., Raccolta 1977, p.1231 ss., li' ove afferma che nella fattispecie la violazione del principio di proporzionalita' dipende dal fatto che il provvedimento in esame comporta "un sacrificio troppo pesante per certe categorie di produttori e consumatori rispetto al vantaggio perseguito per la Comunita'" (l'enfasi e' nostra; ma v. anche, sempre come espressione di una sia pur implicita ponderazione di interessi, l'affermazione per cui fra le misure "proporzionate" alternative a quella censurata sarebbe preferibile perche' "piu' equilibrato" un sistema equifunzionale che facesse gravare i propri costi sul bilancio comunitario, dunque sull'intera collettivita', piuttosto che su singoli gruppi di consociati).

62. Cfr., in materie fra loro eterogenee e sotto profili diversi: la sentenza De Peijper, 104/75, Raccolta 1976, p.613., ai cpv. 16/18, ove, riaffermato il principio generale secondo il quale ex art.36 non possono giustificarsi norme o prassi restrittive degli scambi intracomunitari motivate soltanto dalla preoccupazione di ridurre l'impegno o le spese della amministrazione pubblica dello Stato membro, si fa tuttavia salva l'ipotesi in cui, in mancanza di tali norme o prassi, quell'impegno o quelle spese risultino eccessivamente onerosi rispetto (si sottintende) all'interesse comunitario alla libera circolazione delle merci cui dovrebbero ordinariamente venire sacrificati (similmente, v. anche l'intervento della Commissione in Commissione c. Repubblica Francese, 152/78, Raccolta 1980, p.2299, a p.2306, enfasi aggiunta, allorché si allega l'illiceita' di una normativa statale in materia di restrizioni alla pubblicita' di alcoolici, tra l'altro, perche' produce "effetti sugli scambi sproporzionati al suo livello di efficacia per il conseguimento dell'obbiettivo voluto, cioe' la lotta contro l'alcoolismo"); la sentenza Simmenthal, 92/78 R, Raccolta 1978, p.1129, cpv.18-19, ove una domanda di provvedimento urgente per la sospensione di un regime speciale di importazione viene rigettata in base alla considerazione che tale misura rischierebbe di danneggiare gli interessi di un numero incalcolabile di operatori economici del settore risultando percio' "sproporzionata" rispetto all'interesse individuale

tutelato; la sentenza Wagner, 8/82, Raccolta 1983, p.371, cpv.18-22, ove le "ragioni di controllo obbiettivamente giustificate" che consentono di escludere la discriminatorietà di un regime di rimborso-spese di magazzinaggio a favore dei soli beni circolanti all'interno del territorio di uno Stato membro e non anche dei beni concorrenti oggetto di trasporto transfrontaliero vengono individuate appunto nella sproporzione fra le elevate spese amministrative che l'estensione del beneficio comporterebbe e, come appare chiaro dai rilievi della Commissione sulla scarsa frequenza di trasporti del secondo tipo (ibid., p.381), la limitata rilevanza delle distorsioni all'equilibrio di mercato prodotte dal regime in esame; la sentenza Watson, cit., cpv.20-21, ove, riprendendo posizioni già espresse dall'Avv. Gen. Mayras in Royer, cit., Raccolta 1976, p.523, si esclude che gli Stati membri possano ricollegare all'inosservanza delle proprie norme disciplinanti il movimento degli stranieri (comunitari) sul proprio territorio sanzioni non commisurate alla lieve gravità di tali infrazioni e perciò causa di una limitazione ingiustificata del fondamentale diritto comunitario alla libertà di circolazione (esplicitamente in tal senso la Commissione, ibid., a p.1193, che deriva la non proporzionalità delle misure in questione dalla loro "utilità marginale" rispetto allo scopo perseguito). Ma v. anche le sentenze (cit. infra, sub V.3. alle note 346-348 e testo relativo) nelle quali, con l'affermare in linea di principio che le istituzioni debbono tendere nella maggior misura possibile ad armonizzare tra loro obbiettivi confliggenti ad esse attribuiti dai trattati, si pongono le premesse anche per giudizi sulla "proporzionalità in senso proprio" delle scelte a tal fine effettuate. Per ulteriori esempi si rinvia infine a quanto si dirà più oltre nei paragrafi dedicati al "regime giuridico delle deroghe" ed al "comando normativo" quale elemento della struttura analitica del giudizio comunitario di eguaglianza (infra, sub V.3.2. e VI.1.3.).

63. Dalle osservazioni sin qui svolte si comprende infatti come il principio di proporzionalità valga anche a fronte di provvedimenti attributivi di situazioni di vantaggio: ciò resta invece oscuro nell'approccio tradizionale (cfr., p.e., il cpv.22 della sentenza Balkan, cit.) che come si è visto risolve il contenuto del principio nella esistenza di una relazione di necessità fra gli oneri imposti e gli scopi perseguiti.

64. Sul rapporto fra "razionalità" e "verità" e "razionalità" ed "efficienza" nella valutazione delle classificazioni normative v. quanto osservato supra, sub I.1.3.1.

65. V. il cpv.22 di Balkan, cit., e, in senso simile, i cpv.117-120 della sentenza Valsabbia, cit.

66. Su di esse, in generale, v. supra, sub I.1.2.

67. Così' la Corte al cpv.14 della sentenza Hauer, cit., in riferimento alle ragioni per le quali va salvaguardata l'unità del diritto comunitario contro eventuali pretese degli Stati membri di sottoporre le norme a controllo di compatibilità con le proprie costituzioni o con altri parametri di valutazione desunti dal proprio ordinamento interno. Che riferendosi alla "coesione" della Comunità la Corte possa alludere ad una "wider, meta-legal notion: the sense of one community which can only be instilled as a social reality in a system which applies equally across the board" e' sostenuto, in evidente sintonia con quanto si argomenta nel testo, dal WEILER, "Protection of Fundamental Human Rights" ecc., cit., a p.21 (enfasi nell'originale).

68. cfr. in tal senso il cpv.65/68 della sentenza Royer, cit.

69. Cfr. il passo della sentenza Royer ult. cit.; conforme la Commissione, ibid., Raccolta 1976, p.505.

70. BAUMANN, "Common Organizations of the Market and National Law", CMLR 1977, p.303, a p.318, nota 40, avanza l'ipotesi che "dispositions adopted by the Institutions in the framework of the establishment of the common market to a certain extent can be regarded as irreversible in the sense that the instruments of the Treaty should not be applied to 'decommunitarize' a situation": mutatis mutandis, le stesse considerazioni potrebbero valere per atti o comportamenti delle istituzioni incidenti, in senso abrogativo, su situazioni giuridiche di vantaggio connesse all'attuazione dell'eguaglianza comunitaria.

71. Cfr. come esempio le osservazioni di SUNDBERG-WEITMAN, Discrimination on Grounds ecc., cit., a p.86 ss. (in particolare l'ipotesi formulata alla p.89) e, parimenti ambigue, le posizioni ivi richiamate di BODE, Die Diskriminierungsverbote im EWG-Vertrag, 1968, a p.301 e di LECHERER, Der Europaeische Gerichtshof und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, 1971, a p.121.

72. Cit., al cpv.26/27.

73. Così OLIVER, "Measures of Equivalent Effect: A Reappraisal", CMLR, 1982, p. 217 ss., a p.223, che cita, conforme, SCHILLER, "Gewahrt Art.30 des EWG-Vertrages dem Gemeinschaftsbuerger neben einem subjektiven Abwehrrecht auch ein subjektives Leistungsrecht?", RIW/AWD, 1980, p.569 ss.

74. 56 - 60/74, Raccolta 1976, p.711, al cpv. 15.

75. Per CAPOTORTI, "Le principe d'egalite'", ecc., cit., a p.7, questo passaggio della pronuncia indicherebbe infatti come per la Corte si possano avere discriminazioni "non seulement a cause de mesures comportant des differences injustifiees de traitement, mais aussi en consequence du defaut des mesures capable de reequilibrer une situation de desavantage", e che quindi dal principio comunitario di eguaglianza potrebbe derivarsi anche "une obligation des institutions d'intervenir pour realizer l'egalite'".

76. . . 16/78, Raccolta 1978, p.2297, al cpv. 8.

77. Ma v. gia', in senso simile, la sentenza Farrauto, 66/74, Raccolta 1975, p. 157, al cpv.6, in cui si dichiara che, anche in assenza di esplicite disposizioni di diritto comunitario derivato, le magistrature degli Stati membri sono comunque tenute a vigilare a che la certezza del diritto non sia compromessa da ipotesi di decadenza processuale dovute all'incapacita' del lavoratore straniero di comprendere la lingua nella quale decisioni che lo riguardano gli sono state notificate (conforme Adoui e Cournaille, cit., al cpv.13).

78. Nel passo della sentenza De Peijper richiamato dall'Oliver, ad esempio, la Corte in realta' si limita a parlare della "possibilita'" che le autorita' degli Stati membri si procurino vicendevolmente certe forme di assistenza.

79. In Kampffmeyer la "passivita'" del Consiglio criticata dalla Corte riguardava la mancata modifica di un atto normativo che il Consiglio stesso aveva ritenuto nella sua discrezionalita' di dover adottare, in Choquet la Corte definisce i limiti di diritto comunitario che gli Stati membri incontrano nell'adozione di misure restrittive della libera circolazione quali quelle

necessarie in vista della tutela del legittimo interesse alla sicurezza della circolazione stradale: cio' consente di chiedersi se le disparita' di trattamento che in tal modo la Corte mira ad evitare sarebbero parimenti oggetto della sua attenzione anche qualora non fossero l'effetto, sia pure indiretto, di scelte normative compiute dall'ente sottoposto a controllo, ma preesistessero a queste, configurandosi come obbiettive diversita' di fatto.

80. Concorda CAPOTORTI, op. e loc. ult. cit., per il quale l'orientamento ad affermare obblighi positivi (delle istituzioni) per il conseguimento degli obbiettivi di giustizia distributiva dell'ordinamento "n'a pas eu jusq'a present des developpements suffisants".



NOTE AL CAPITOLO III

1. Ai sensi dell'art.4,b sono dichiarati "incompatibili con il mercato comune del carbone e dell'acciaio . . . i provvedimenti o le pratiche che stabiliscano una discriminazione tra produttori, tra acquirenti o tra consumatori, specialmente per quanto concerne le condizioni di prezzo o di consegna e le tariffe di trasporto". Il principio e' ripreso in varie disposizioni particolari, fra le quali, oggetto di numerose pronunce giudiziali nel primo decennio dell'integrazione, l'art.60 che vieta in materia di prezzi le pratiche contrarie, tra l'altro, all'art.4 "e segnatamente . . . le pratiche discriminatorie implicanti, nel mercato comune, l'applicazione da parte di un venditore di condizioni disuguali ad operazioni equiparabili, specialmente in considerazione della cittadinanza degli acquirenti".

2. Repubblica Francese c. Alta Autorita', 1/54, Raccolta 1954, p.7.

3. Per una recente riaffermazione, v. ad esempio Wagner, 8/82, Raccolta 1983, p.371, ove ai cpv.18-22, nella valutazione della compatibilita' di un regolamento agricolo con l'art.40,3 si afferma che "la discriminazione consiste nel trattare in modo diverso situazioni identiche, ovvero in modo identico situazioni diverse".

4. Societe des Fonderies Pont-a-Mousson, 14/59, Raccolta 1959, p.437.

5. Italia c. Commissione, 13/63, Raccolta 1963, p.357. Come si vede, la Corte arriva con un certo ritardo a cogliere questa dimensione del principio dell'eguaglianza di fronte alla legge, nonostante i due enunciati, come e' evidente, siano uno il corollario dell'altro: e' probabile che abbiano qui giocato influenze dalla giurisprudenza del Conseil d'Etat francese (che sembra escludere la derivabilita' dal principio di eguaglianza di un obbligo di differenziare nel trattamento normativo di fattispecie diverse: cfr. WOLFERS, "Note sur le principe d'egalite' dans la jurisprudence du Conseil d'Etat francais en matiere de reglementation economique", in BUCH, FORIERS, PERELMAN (a cura di), L'Egalite', Vol.I, 1971, p.127 ss., a p. 132, e la prassi ivi richiamata) cosi' come anche la frequente confusione

fra i due aspetti, non necessariamente coincidenti, della censura di classificazioni normative ingiustamente parificanti fra cio' che e' diverso, e dell'affermazione di obblighi di facere al fine di conseguire risultati di eguaglianza sostanziale.

6. V. quanto osservato supra, sub I.1.1.

7. 230/78, Raccolta 1979, p.2749, in particolare ai cpv.17-19.

8. Infatti, la massima riportata nel testo implica anche il suo contrario, e cioe' che una discriminazione si verifichera' qualora una disparita' di trattamento corrisponda ad una identita' di situazioni; e poiche', come gia' si diceva (supra, sub I.1.1.), date due fattispecie reali, sara' sempre possibile individuare elementi che esse hanno in comune cosi' come elementi di differenziazione, l'accertamento o meno di una discriminazione dipendera' essenzialmente dal profilo cui verra' dato rilievo nella valutazione comparativa. Cio' spiega perche' spesso la Corte veda fronteggiarsi pretese opposte ma parimenti motivate in punto di eguaglianza: cosi', nella causa 166/78, Italia c. Consiglio, Raccolta 1979, p.2575, all'accusa di violazione del divieto di discriminazioni di cui all'art.40, mossa dal Governo italiano nei confronti di un regolamento agricolo che stabiliva un premio per i produttori di fecola di patate e non anche per i produttori di amido, bene concorrente del primo, il Consiglio risponde rilevando che, al contrario, appunto la diversita' di situazione esistente fra i due settori rende lecito, alla luce del principio di eguaglianza, un loro trattamento differenziato: cio' che e' qui implicito, e che spiega il dissidio fra le parti, e' che mentre il Consiglio realizza la comparazione alla luce dell'obbiettivo della garanzia di un equo tenore di vita alle popolazioni agricole, obbiettivo rispetto al quale i produttori di fecola, data la crisi della loro industria, si trovano in una situazione differente da quella dei produttori di amido, l'Italia invece valuta le due situazioni alla luce della diversa finalita' del mantenimento di un regime economico libero-concorrenziale, in relazione alla quale, data la succedaneita' dei due prodotti, vi e' invece evidente identita' di condizione.

9. Soprattutto nella letteratura di commento al divieto di discriminazioni di cui all'art.7 del Trattato di Roma e' frequente un ricorso acritico e impreciso ai concetti di "comparabilita'" delle fattispecie o alla nozione "aristotelica" del principio di eguaglianza: v., p.e., le vaghe o apodittiche affermazioni di VON BOECHR, in VON DER GROEBEN, VON BOECKH,

Kommentar zum EWG -Vertrag, 1958-1960, p.18 ss., a p.19, WOHLFARTH, in WOHLFARTH, EVERLING, GLAESNER, SPRUNG, Die Europaeische Wirtschaftsgemeinschaft - Kommentar zum Vertrag, 1960, p. 15 ss., a p. 15 s., SCHIAVONE, "Commento all'art.7", in QUADRI, MONACO, TRABUCCHI, Commentario CEE, 1965, p. 62 ss., a p. 67.

10. V. supra, sub I.1.1.

11. Groupement des Hauts Fourneaux et Acieries Belges, Raccolta 1958, p.215, a p.237 ss. (il corsivo e' nostro). La questione sottoposta all'esame della Corte riguardava la compatibilita' con il principio dell'eguaglianza degli utilizzatori del mercato comune, di cui all'art.3,b CECA, di una decisione dell'Alta Autorita' che, nel prevedere un meccanismo di perequazione del prezzo del rottame importato con quello del rottame intero, incideva diversamente su imprese caratterizzate da diversi livelli di consumo o da diverse tecniche produttive.

12. Piu' di recente, v. la sentenza Minotiers de la Champagne, 11/74, Raccolta 1974, p.877, in particolare i cpv.21-24, in cui differenze di prezzo per produttori e consumatori di frumento effetto dell'applicazione di un regolamento agricolo sono dichiarate non discriminatorie in base alla mera considerazione che esse risultano "funzione di criteri oggettivi". L'ermetismo della Corte appare evidente se si considerano le argomentazioni della Commissione (ibid., a p.882) che, piu' correttamente, difende la normativa impugnata indicando come le diversita' in questione derivano sostanzialmente dalla ubicazione piu' o meno vantaggiosa degli operatori economici interessati, e cioe' da un fattore "naturale" di competitivita' che, dato il valore fondamentale, tutelato dall'ordinamento, della efficienza libero-concorrenziale, giustifica un trattamento differenziato.

13. Societe des Fonderies Pont-a-Mousson, cit., a p. 462 (il corsivo e' nostro). Nella fattispecie la Corte nega la discriminatorieta' di un meccanismo di perequazione che impone oneri soltanto ad un'impresa comunitaria e non anche ad altre imprese, concorrenti di quella ma non rientranti nell'ambito di applicazione del Trattato CECA, appunto in base alla considerazione che l'Alta Autorita' non ha il potere di sottoporre queste ultime a contribuzioni di qualsiasi sorta, ed e' pertanto nell'impossibilita' di eliminare la disparita' di trattamento ristabilendo pari condizioni di competitivita'.

14. Così l'Avv.Gen. Roemer in Groupment des industries siderurgiques luxembourgeois, 7 e 9/54, Raccolta 1956, p.53, a p.132 (il corsivo e' nell'originale). Questa tesi, consentendo di escludere in linea di principio la sanzionabilità di disparità di trattamento derivanti dal diverso contenuto delle legislazioni degli Stati membri, e' frequentemente richiamata nel dibattito sul rapporto fra "discriminazioni" e "distorsioni" (su cui v. ampiamente infra, sub V.1.3.): cfr. in tal senso l'Avv.Gen. Dutheillet de Lamothe in Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Raccolta 1970, p.1125, a p. 1156 ("Il principio di non discriminazione entra in linea di conto solo allorché una stessa autorità adotta provvedimenti diversi nei confronti di persone che si trovano in situazioni identiche o analoghe. Tale principio non può quindi venire invocato allorché non vi è un'autorità unica, ma vi sono autorità distinte"). Per una simile posizione v. anche la Corte in Merkur, 43/72, Raccolta 1973, p.1055, in particolare ai cpv.19-21 allorché, chiamata a valutare un regolamento istituyente importi compensativi all'esportazione a favore di determinati beni di uno Stato membro costretto per ragioni congiunturali a liberalizzare le fluttuazioni dei propri corsi di cambio, nega che esso crei una discriminazione fra gli esportatori di altri prodotti, esclusi da tale beneficio, e gli operatori economici loro concorrenti in altri Stati membri, avvantaggiati da quei fenomeni monetari, e questo appunto perché all'origine della disparità non è l'intervento delle istituzioni comunitarie, ma la decisione dello Stato in questione di adottare misure diverse da quelle vigenti negli altri Stati.

15. Acciaierie, Ferriere e Fonderie di Modena, 16/61, Raccolta 1962, p.535, a p. 562 (il corsivo e' nostro; nella specie, la Corte nega che rapporti di parentela fra le parti di una transazione commerciale possano rendere tale transazione "singolare" e perciò consentire sconti rispetto ai prezzi di listino senza incorrere nel divieto di cui all'art.60 CECA). Di diverso avviso l'Avv.Gen. Roemer (ibid., a p.573 ss.) il quale, più correttamente, rileva come possano senz'altro darsi casi in cui agli effetti della comparazione si debba tener conto di elementi "soggettivi" (in fondo, non è tale la nazionalità, criterio di classificazione "sospetto" per eccellenza in diritto comunitario?).

16. Cfr. ad es. BODE, Die Diskriminierungsverbote im EWG-Vertrag, Goettingen, 1968, a p. 295 ss., per la quale la diversità di trattamento è lecita quando sussiste una "Rechtfertigung aus der Natur der Sache", o WAGENBAUR, in VON DER GROEBEN, VON BOECKH, THIESING, Kommentar zum EWG -Vertrag, 1974, p. 108 ss., a p.110 ss. In generale sulla dottrina della "natura

delle cose" nella teoria generale del diritto, e in particolare sulla circostanza che il giudizio di fatto da cui essa pretende di derivare un giudizio di valore sia in realta' necessariamente un altro giudizio di valore "implicito ma non confessato", v. BOBBIO, "La natura delle cose" in Giusnaturalismo e positivismo giuridico, 1972 (II ed.), p.197 ss., in particolare a p.202 s. (saggio gia' apparso come "Ueber den Begriff der Natur der Sache", in Archiv fuer Rechts -und Sozialphilosophie, 1958, p.305 ss.).

17. V. supra, sub I.1.1.

18. Espressamente in tal senso, rispetto all'applicazione del principio a decisioni dell'Alta Autorita' CECA, l'Avv.Gen. Lagrange in Wirtschaftsveringung Eisen -und Stahlindustrie, 13/57, Raccolta 1958, p.251, a p. 337 s., ove si richiama la giurisprudenza del Conseil d'Etat francese e la dottrina tedesca in tema di eguaglianza. In realta' la maggior parte delle sentenze relative all'art.4,b CECA (cosi' come molte di quelle in materia di agricoltura) seguono questo approccio: oltre ai casi gia' citati, v. Federation Charbonniere de Belgique, 8/55, Raccolta 1955-1956 p.285, a p. 307, in cui, chiamata a valutare un regime di sussidi di perequazione differenziato in relazione alle condizioni di produzione delle singole imprese, la Corte nega che esso conduca a discriminazioni qualora l'Alta Autorita' applichi "un criterio oggettivo ed uniforme" per accertare se la situazione individuale delle imprese risponda alle finalita' perseguite dalla disciplina.

19. In realta' puo' accadere che il "controllo di razionalita'" si svolga sulla base di un implicito "controllo di ragionevolezza": e cioe', si accerta soltanto l'assenza di elementi di arbitrarieta' nel rapporto fra classificazione soggettiva o comando normativo e fine perseguito poiche' e' pacifica la non discriminatorieta' del fine medesimo. In tal senso possono interpretarsi molte delle sentenze nelle quali la Corte applica il principio di eguaglianza a misure dell'Alta Autorita' CECA: p.e., nella gia' citata causa Federation Charbonniere de Belgique, ove le "premesse" del regime speciale di perequazione sono richiamate come unico termine di comparazione per stabilire la razionalita' della concessione a determinate imprese belghe di particolari benefici, puo' ritenersi implicito il divieto di decisioni dell'Alta Autorita' che riconoscano a tali imprese, sia pure "razionalmente" rispetto ad altre finalita', vantaggi diversi da quelli che si giustificano alla luce degli obbiettivi contenuti in tali "premesse". Sugli effetti negativi che la mancata distinzione dei

due profili puo' produrre, soprattutto quando l'obbiettivo della normativa in esame risulti lecito in quanto dovuto in attuazione della nozione materiale di eguaglianza protetta, v. quanto osservato piu' in la' nel testo a proposito della sentenza Ruckdeschel.

20. Si vedano, p.e., le gia' ricordate conclusioni dell'Avv.Gen. Lagrange nel caso 13/57, ibid., a p.338, il quale, dopo aver risolto il divieto comunitario di discriminazioni nella sanzione dell'arbitrario, ha cura tuttavia di sottolineare la necessita' che la misura in questione non menomi "le condizioni della concorrenza che stanno alla base dell'eguaglianza", cio' che invece, evidentemente, potrebbe senz'altro avvenire attraverso provvedimenti perseguiti, in modo del tutto "razionale", finalita' in conflitto con il mantenimento sul mercato dell'equilibrio concorrenziale. Parimenti, nella sentenza Erzbergbau, 3-18/58, 25/58 e 26/58, Raccolta 1960, p.359, a p. 390 ss., la Corte, nel giudicare la legittimita' ex art.70 CECA di un sistema di tariffe speciali, afferma che la comparabilita' va definita "sotto il profilo del trasporto", e cioe' considerando il fine proprio della norma in esame, ma poi, con le successive argomentazioni, dimostra di accogliere il suggerimento dell'Avv.Gen. Lagrange (ibid., a p.427 ss.) e di considerare la condizione delle imprese sotto il distinto profilo della loro eguaglianza in quanto operatori economici in un mercato liberoconcorrenziale, e cioe' sotto un profilo di giustizia distributiva diverso da quello della mera razionalita' della normazione.

21. 117/76 e 16/77, Raccolta 1977, p.1753.

22. Un'eccezione ci sembra costituita dal saggio della SUNDBERG-WEITMAN, Discrimination on Grounds of Nationality - Free Movement of Workers and Freedom of Establishment under the EEC-Treaty, 1977, passim, in particolare p.54 ss., ove correttamente si coglie come la nozione di discriminazione, incorporando l'esigenza di una comparazione, comporti un giudizio di valore, e come i criteri per lo svolgimento di tale giudizio vadano derivati dalle norme positive regolanti la materia sulla quale la misura incide; questo giusto approccio non viene pero' portato alle sue naturali conseguenze, mancando nella citata opera quel processo di astrazione necessario ad individuare la "nozione materiale di eguaglianza" protetta dall'ordinamento, e cioe' il sistema unitario di valori di giustizia distributiva garantiti dalle singole disposizioni disciplinanti i vari settori di diritto comunitario.

23. Ci riferiamo a quegli Autori che hanno individuato nella posizione di mercato o in altre considerazioni di carattere economico l'unico "criterio di comparazione" comunitariamente rilevante, ritenendo giustificata qualsiasi disparita' di trattamento altrimenti fondata: cfr. HOCHBAUM, Das Diskriminierungs -und Subventionsverbot in der EGKS und EWG, 1962, a p.152 ss e SCHULZ, "Die rechtliche Problematik der Arbeitnehmerwanderung in der EWG", NJW, 1966, p.2245 ss., a p.2246.

24. Così' APOLLIS, "Le principe d'egalite' de traitement en droit economique communautaire", RMC, 1980, p.72 ss. e p.140 ss., a p. 81: proprio la mancata individuazione del tertium comparationis, e dunque della nozione materiale di eguaglianza, ci sembra causi la confusione, frequente in tale saggio, fra concetti diversi quali "comparabilita'" e "diversita' di trattamento", "discriminazione obbiettiva" e "non-arbitrarieta'" della classificazione, liceita' per mancato contrasto con il principio di eguaglianza e liceita' per deroga al medesimo.

25. Cit., ibid., a p.94 s. (corsivo aggiunto).

26. Cit., ibid., ai cpv. 18-22.

27. Così' il cpv.11 di Edeka II, 245/81, Raccolta 1982, p.2745, che riprende letteralmente il cpv.7 della sentenza Ruckdeschel, cit. In realta' una massima quasi identica era stata gia' formulata dalla Corte in Kloeckner -Werke AG, 17 e 20/61, Raccolta 1962, p.595, a p. 631: "perche' si possa fare carico alla Alta Autorita' di aver posto in essere una discriminazione e' . . . necessario che essa abbia trattato in modo diverso situazioni comparabili . . . senza che questo diverso trattamento sia giustificato da differenze obbiettive di un certo rilievo".

28. Cfr. infatti il cpv.20 di Edeka II e, espressamente, la citazione della sentenza Kloeckner -Werkew AG richiamata alla nota precedente.

29. Italia c. Commissione, 13/63, Raccolta 1963, p.237, a p.358 s. (i corsivi sono nostri).

30. Balkan, 55/75, Raccolta 1976, p.19, cpv.14 (nella specie, alcuni operatori economici comunitari si erano ritenuti

discriminati da un regolamento che nell'istituire un regime di importi monetari compensativi per determinati beni ne aveva limitato l'applicabilita' ai prodotti provenienti da uno Stato terzo, la Bulgaria, escludendo invece prodotti simili provenienti da un altro Stato terzo, la Svizzera, e da uno Stato membro, l'Italia).

31. 52/81, Raccolta 1982, p.3745, cpv.25 (nella specie, alcuni importatori comunitari avevano impugnato un regolamento della Commissione che, nello stabilire un sistema di controlli sulle importazioni di un certo bene, trattava meno favorevolmente uno Stato terzo, Taiwan, rispetto ad altri due Stati terzi, la Cina popolare e la Corea del Sud, pure agenti sullo stesso mercato. Si noti che, come sostenuto dalla ricorrente ed ammesso dall'Avv.Gen. Slyn, ibid., a p.3778, tale disparita' di trattamento non poteva fondarsi su obbiettivi di stabilizzazione del mercato ex art.39, ma soltanto su una palese scelta politica delle istituzioni).

32. Affermazioni simili sono contenute nella sentenza Duerbeck, 112/80, Raccolta 1981, p.1095, ed Edeka II, cit., al cpv.19.

33. V. CAPOTORTI, Le principe d'egalite' en droit economique, : rapport communautaire", in FEDERATION INTERNATIONALE DE DROIT EUROPEEN, Le principe d'egalite' en droit economique, 1984, p.1 ss., a p. 11 s., per il quale tali sentenze indicherebbero come fra i "domaines qui echappent entierement a l'influence du principe de l'egalite de traitement" rientra quello degli scambi extracomunitari, in quanto "rien n'oblige la CEE de traiter d'une maniere uniforme tous les Pays tiers". V. anche SACK, "The Commission's Powers under the Safeguard Clauses of the Common Organizations of Agricultural Markets", CMLR, 1983, p.757 ss., a p. 760 ss.

34. In Balkan, per giustificare il diverso trattamento riservato ai prodotti italiani, la Corte richiama il principio della "preferenza comunitaria", mentre il diverso trattamento dei prodotti svizzeri viene spiegato con la loro diversa condizione rispetto al fine perseguito dalla normativa, e cioe' rispetto a quei "motivi di politica commerciale" richiamati dalla Commissione (ibid., a p.22 ss.) appunto per giustificare l'ambito di applicazione della disciplina; in Faust, invece, particolare rilievo viene dato all'esistenza di una politica commerciale comunitaria particolarmente favorevole alla Repubblica Popolare Cinese, vincolante per la Commissione e tale da rendere non

comparabili le due situazioni poste a confronto (conformi le osservazioni della Commissione, ibid., a p.3751, che rende ragione dello sviamento degli scambi prodotto dal regolamento richiamando il proprio obbligo a conformarsi agli orientamenti politici del Consiglio).

35. Cfr. l'uso fatto nella letteratura piu' antica delle nozioni di: "materielle Diskriminierung" (KIPP, "Das Verbot der Diskriminierung im modernen Fridensvoelkerrecht", Arch. des Voelkerrechts, 1961-1962, p.137 ss., a p.147; STEINDORFF, Der Gleichheitssatz im Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes, 1965, a p.14; EHLE, Klage - und Prozessrecht des EWG - Vertrages mit Entscheidungssammlung, 1966, Art.7, n.41, a p. 15 s.; SCHULZ, "Die rechtliche Problematik der Arbeitnehmerwanderung in der EWG", NJW, 1966, p.2245 ss., a p. 2246, n.3); "indirekte Diskriminierung" (SCHINDLER, Gleichberechtigung von Individuen als Problem des Voelkerrechts, 1957, a p.142; BODE, Die Diskriminierungsverbote ecc., cit., a p.38; WYBO, Discrimination et Marche' Commun, 1966, a p.113); "verdeckte Diskriminierung" (JAENICKE, Der Begriff der Diskriminierung im modernen Voelkerrecht, 1940, a p.102); "discriminazioni occulte" (RUGGIERO - DE DOMINICIS, "Commento all'art.52", QUADRI, MONACO, TRABUCCHI, Commentario CEE, cit., p.399 ss., a p. 416); "discrimination occulte" (CHESNE', L'etablissement des etrangers en France et la Communauté Economique Europeenne, 1962, a p.89); "versteckte Diskriminierung" (KEWENIG, Der Grundsatz der Nicht-Diskriminierung im Voelkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen, 1972, a p.178); "faktische Diskriminierungen" (PLATZ, EWG-Niederlassungsrecht und individuelle Rechtspositionen, 1966, a p.49).

36. La nozione e' ormai senz'altro parte dello strumentario concettuale della Corte di giustizia, nonostante le critiche mosse da qualche Autore alla sua utilizzabilita' per le complesse indagini cui condurrebbe (v., in riferimento alla materia dei divieti di restrizioni alla importazioni ed esportazioni e di misure aventi un effetto equivalente, ULMER, "Zum Verbot mittelbarer Einfuhrbeschaenkungen im EWG - Vertrag", AWD, 1973, p.349 ss., a p. 354).

37. Come ritengono invece MEIJ, WINTER, "Measures Having an Equivalent Effect to Quantitative Restrictions", CMLR, 1976, p. 79 ss., a p.90, che derivano l'esempio citato nel testo da STEINDORFF, Der Gleichheitssatz ecc., cit., a p. 14 ss.

38. Tale sarebbe il caso in cui l'ordinamento ponesse una presunzione assoluta di discriminatorietà per determinate classificazioni normative: come si dira' in seguito, in diritto comunitario ipotesi del genere vanno tuttavia considerate eccezionali.

39. Faust, cit., al cpv.25.

40. Palesemente infondata ci sembra poi la tesi, talora sostenuta, secondo cui la non applicabilita' in materia del principio di eguaglianza deriverebbe dalla inesistenza di un "diritto" ad esportare o importare giacche', anche ammettendone il presupposto (che appare in realta' perlomeno discutibile), essa confligge con quella che e' la funzione stessa della garanzia dell'eguaglianza di fronte alla legge: una volta riconosciuto il "vantaggio" di svolgere attivita' commerciali sui mercati esteri anche ad uno solo dei consociati, sorge immediatamente in capo a tutti gli altri soggetti interessati, appunto come effetto della presenza nell'ordinamento del principio di eguaglianza, una pretesa ad ottenere giustificazioni per l'esclusione dal beneficio e a vedersi garantita l'estensione di questo qualora risulti dimostrabile l'identita' di condizione in cui essi si trovano rispetto al soggetto originariamente avvantaggiato.

41. Così' recita l'intestazione della seconda massima alla sentenza Faust nel Repertorio ufficiale della giurisprudenza della Corte.

42. Decisamente nel senso dell'assenza, per mancanza di interesse, di un diritto ex art.40,3,2 degli operatori economici alla parita' di trattamento nella materia delle relazioni con gli Stati terzi SACK, op. cit., a p.763.

NOTE AL CAPITOLO IV

1. Sul rapporto nel sistema giuridico comunitario fra competenze d'attribuzione e sovranazionalità, in particolare sulla possibilità di interpretare l'affermazione giurisprudenziale della "sovranazionalità normativa" (e cioè dei principi della "efficacia diretta", del "primato", della "competenza esclusiva" del diritto comunitario) come riflesso di una "convenzione costituzionale" tacitamente intervenuta fra la Corte di giustizia e le supreme magistrature interne degli Stati membri, giustificantesi appunto anche in virtù della garanzia attraverso di essa assicurata dalla Corte del rispetto dei limiti di competenza dell'ordinamento, v. le acute tesi del WEILER, Il sistema comunitario europeo, 1985, p.113 ss., in particolare a p.203 s.

2. Sugli errori cui può condurre il non dare autonomo rilievo alla relativa indagine, soprattutto sulla confusione spesso ricorrente fra incompetenza a giudicare una certa classificazione normativa e non discriminatorietà di questa, v. quanto già osservato supra, sub III.2.

3. Per quanto riguarda l'ambito di applicazione delle norme sulla libera circolazione delle merci di cui agli artt.30 - 37, v., fra gli altri, MATTERA, "Circolazione delle merci nei paesi della CEE", in Novissimo Digesto Italiano, Appendice, 1980, p.1197 ss., WYATT, DASHWOOD, The Substantive Law of the EEC, 1980, p. 77 ss., BARENTS, "New Developments in Measures having Equivalent Effect", CMLR, 1981, p.271 ss., e, soprattutto, il lavoro monografico dell'OLIVER, Free Movement of Goods in the EEC, 1982, specialmente a p.8 ss.; in particolare: sulla applicabilità di tali norme, dopo la fine del periodo transitorio, anche ai prodotti agricoli, indipendentemente dalla esistenza di una "organizzazione comune di mercato" o comunque di una qualsiasi esplicita disposizione in tal senso, v. le sentenze Charmasson, 48/74, Raccolta 1974, p.1383, cpv. 6-20, Kramer, 3, 4 e 6/76, Raccolta 1976, p.1279, cpv. 53/54 e Pigs Marketing Board, 83/78, Raccolta 1978, p.2347, cpv. 51-55; sul concetto di "merci" come inclusivo di tutti i prodotti "pecunariamente valutabili e come tali atti a costituire oggetto di negozi commerciali", v. la sentenza Commissione c. Italia, 7/68, Raccolta 1968, p. 561, a p. 570; sulla riconducibilità fra le "importazioni" di cui all'art.30 (e, mutatis mutandis, fra le "esportazioni" ex art.34) anche di riimportazioni, importazioni indirette, importazioni parallele, importazioni di materie prime e semimanufatti in

situazioni nelle quali il prodotto finito non e' invece sottoposto a restrizioni, importazioni di beni in transito, v., rispettivamente, le sentenze Deutsche Grammophon, 78/70, Raccolta 1971, p.487, cpv. 11-13, Dassonville, 8/74, Raccolta 1974, p.837, cpv. 9 e 12, De Peijper, 104/75, Raccolta 1976, p.613, cpv. 10-13, Eggers, 13/78, Raccolta 1978, p.1935, cpv. 20-26, e le osservazioni dell'OLIVER, "Measures Having an Equivalent Effect: a Reappraisal", CMLR, 1982, p.217 ss., a p.219.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione delle norme relative all'agricoltura di cui agli artt.38-47 (soprattutto in riferimento alle disposizioni del primo e terzo comma dell'art.38 per cui prodotti agricoli sono "i prodotti del suolo, dell'allevamento e della pesca, come pure i prodotti di prima trasformazione che sono in diretta connessione con tali prodotti" elencati nell'Allegato II del Trattato di Roma) v. DRUESNE, "La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Europeennes en matiere agricole (1958 - 1977) - Premiere theme: Les buts de la politique agricole commune", RMC, 1978, n.220, p.468 ss; in particolare: sulla nozione di "prodotto di prima trasformazione, v. la sentenza Koenig, 185/73, Raccolta 1974, p. 607, cpv. 12-13; sulla tassativita' dell'elencazione dell'Allegato, v. la sentenza Commissione c. Lussemburgo e Belgio, 2 e 3/62, Raccolta 1962, p. 791, a p. 807; sulla necessita' che i prodotti agricoli siano di origine comunitaria, v. la sentenza Norddeutsche Vieh -und Fleischkontor II, 14/74, Raccolta 1974, p. 899, cpv. 10-11.

Per quanto riguarda infine l'ambito di applicazione degli artt.48 - 51 relativi alla libera circolazione del lavoro salariato, v., fra gli altri, SUNDBERG-WEITMAN, Discrimination on Grounds of Nationality - Free Movement of Workers and Freedom of Establishment under the EEC Treaty, 1977, p.127 ss., PANEBIANCO, "Circolazione dei lavoratori nei paesi della CEE, in Novissimo Digesto Italiano, Appendice, 1980, p. 1193 ss. , NASCIMBENE, Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo, 1984, p.340 ss., in particolare alle note 10-12 e testo corrispondente, TIZZANO, "La libera circolazione dei servizi nella CEE. Profili generali", in TIZZANO (a cura di), Professioni e servizi nella CEE, 1985, p.1 ss.; in particolare: sulla possibilita' o meno di considerare "lavoratori" ai sensi dell'art.48 categorie quali gli studenti, i giocatori di squadre sportive, i lavoratori au pair, i prestatori di lavoro ad orario ridotto retribuiti con redditi considerati dalla legislazione dello Stato ospite inferiori al minimo vitale, i soggetti attivi in "managerial or supervisory posts" e gli "unpaid apprentices", v., rispettivamente, e con esito diverso, i casi Kuyken, 66/77, Raccolta 1977, p.2311, Walrave, 36/74, Raccolta 1974, p.1418 e Dona', 13/76, Raccolta 1976, p.1333, Recq, 84/77, Raccolta 1978, p. 7, Levin, 53/81, Raccolta 1982, p. 1035, e le osservazioni della SUNDBERG-WEITMAN, Discrimination on Grounds ecc., cit., a p.142 s.

4. Come si evince chiaramente dal combinato disposto degli artt.: 164, in base al quale la Corte di giustizia "assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione " del Trattato; 177, che prevede il rinvio alla Corte da parte dei giudici nazionali, obbligatorio quando si tratta di giurisdizioni di ultima istanza, di questioni pregiudiziali relative al diritto comunitario; 219, che vieta agli Stati membri di sottoporre controversie relative alla interpretazione o applicazione del Trattato a modi di composizione diversi da quelli previsti dal Trattato stesso. Sul punto v. TIZZANO, "Commento all'art.164", in QUADRI, MONACO, TRABUCCHI, Commentario CEE, 1965, p.1189 ss., a p.1194 s.
5. Cfr. le sentenze Unger, 75/63, Raccolta 1964, p.349, a p. 363 ss., Jansen, 23/71, Raccolta 1971, p.859, cpv. 11, Levin, cit., cpv. 11-12. L'opposta tesi era stata sostenuta nella dottrina meno recente: cfr. EVERLING, in WOHLFARTH, EVERLING, - GLAESNER, SPRUNG, Die Europaeische Wirtschaftsgemeinschaft - Kommentar zum Vertrag, 1960, p. 155 ss., e VON DER GROEBEN, in VON DER GROEBEN, VON BOECKH, Kommentar zum EWG -Vertrag, 1958-1960, p. 151 ss.
6. Sentenza Azienda Agricola Sant'Anna, 85/77 , Raccolta 1978, p. 527, cpv. 8-9 e 14. Ma v. anche similmente la sentenza Denkavit, 139/77, Raccolta 1978, p.1317, cpv.11.
7. Intendendo naturalmente il termine in senso lato, comprensivo cioe' tanto della Corte di giustizia quanto delle giurisdizioni interne degli Stati membri nel momento in cui garantiscono il rispetto del diritto comunitario.
8. Cfr. in generale infra, sub VI.2.
9. Cfr., rispettivamente, supra, sub II.1.3.1. e infra, sub VI.1.2.
10. V. quanto osservato infra, sub V.1.2.
11. Cfr. il dibattito sul punto nella letteratura meno recente ( Wohlfarth, von der Groeben, Ehle, Schiavone, Hochbaum, Vignes, van Hecke), richiamato dalla SUNDBERG-WEITMAN, Discrimination on Grounds ecc., cit., a p.93 ss., la quale ritiene (non si comprende bene su quali basi, vista la mancata

esplicitazione del rapporto di tale questione con quelle connesse dell'ambito materiale di competenza delle Comunità e degli obbiettivi sostanziali di giustizia distributiva da queste perseguiti) che l'art.7 garantisca cittadini degli Stati membri (sempre ?), persone giuridiche legate "in qualche modo" ad un Stato membro, sudditi di Stati terzi solo quando norme dei trattati ne equiparino espressamente il trattamento a quello riservato ai cittadini degli Stati membri.

12. Come osservato in dottrina (BERAUD, "Les mesures d'effet equivalent au sens des articles 30 et suivants du Traite' de Rome", RTDE, 1968, p.265 ss., a p. 268, e MATTERA, "Circolazione delle merci" ecc., cit., a p.1200 s., a proposito dei divieti in materia di restrizioni quantitative agli scambi: ma si tratta di considerazioni senz'altro generalizzabili), "statale" andra' qualificato qualsiasi atto o comportamento riconducibile, sia pure indirettamente, alla Pubblica Amministrazione lato sensu di uno Stato membro: non solo, dunque, disposizioni legislative o regolamentari e prassi amministrative (cfr. la sentenza Rutili, 36/75, Raccolta 1975, p.1225, cpv. 21), ma anche la giurisprudenza interna (cfr. il caso Dansk Supermarked, 58/80, Raccolta 1981, p.181, e, in precedenza, la sentenza Boucherou, 30/77, Raccolta 1977, p.2011, cpv.17, ove pero' si limita la responsabilita' dello Stato a decisioni giudiziali che deliberatamente ignorano il diritto comunitario e non anche a casi di errore giudiziario, in diritto o in fatto), atti o comportamenti non vincolanti, come pressioni o esortazioni da parte della P.A. (cfr. il Preambolo della dir.70/50, G.U.C.E., L 13, 1970, p.29 ss., ed il riferimento ivi a "raccomandazioni" delle autorita' pubbliche), forse financo atti di enti collettivi di diritto privato "imputabili" allo Stato in ragione di fattori quali la funzione "pubblica" svolta dall'ente, la partecipazione statale al capitale sociale o alla nomina dei dirigenti o alla difesa giurisdizionale dell'ente (qualche indicazione in questo senso potrebbe desumersi dal caso Van Haaster, 190/73, Raccolta 1974, p.1123, in cui si discuteva della compatibilita' con gli artt.30 e ss. di un regolamento adottato da un organismo privato di produttori agricoli sottoposto a controlli da parte del Ministero dell'Agricoltura).

13. La questione e' stata trattata in dottrina soprattutto in riferimento all'art.7: v. di nuovo la sintesi del relativo dibattito in SUNDBERG-WEITMAN, "Addressees of the Ban of Discrimination Enshrined in Article 7 of the EEC Treaty", CMLR, 1973, p.71 ss., e Discrimination on Grounds ecc., cit., a p.30 ss.

14. Ad esempio, non ci sembra dubitabile che gli artt. 30 e ss., che impongono agli Stati membri l'eliminazione di restrizioni quantitative agli scambi intracomunitari, esprimano principi normativi vincolanti anche le istituzioni comunitarie (e i privati) nella misura in cui loro azioni o omissioni possano compromettere gli obbiettivi perseguiti attraverso tale disciplina: conforme OLIVER, "La legislation communautaire et sa conformite' avec la libre circulation des marchandises", CDE, 1979, p.245 ss., e "Measures of Equivalent Effect" ecc., cit., a p.218, che richiama in tal senso due sentenze della Corte (Ramel, 80-81/77, Raccolta 1978, p.297 e Rivoira, 179/78, Raccolta 1979, p.1147), cui possono aggiungersi le conclusioni dell'Avv. Gen. Reischl in Bauhuis, 46/76, Raccolta 1977, p.1, a p.23.

15. Naturalmente si puo' pensare agli artt.85-86 del Trattato di Roma; ma cfr. anche l'art.7,4, del reg.1612/68 (G.U.C.E., L 257, 1968, p.2 ss.) che dichiara la nullita' di diritto di qualsiasi clausola discriminatoria contenuta in contratti individuali o collettivi di lavoro.

16. In tal senso campagne private di boicottaggio di beni o di lavoratori originari di un altro Stato membro, o pubblicita' commerciali all'insegna del "buy national", o pratiche di spartizione dei mercati attraverso l'esercizio di diritti di proprieta' industriale, potranno senz'altro venire valutati alla luce volta a volta dei divieti di discriminazione derivabili dagli artt.30, 40,3,2, o 48, ma soltanto quando, vuoi per la loro dimensione, vuoi per l'effetto combinato di altri fattori esterni, risulteranno realisticamente considerabili come fonti di ostacoli alla libera circolazione delle merci o delle persone, oppure di disparita' di trattamento idonee a causare distorsioni nel funzionamento dei mercati agricoli, e cosi' via. Per esempi di atti o comportamenti privati sanzionabili come comunitariamente discriminatori, v. le sentenze Walrave, cit. (regolamenti di organizzazioni sportive discriminanti in base alla nazionalita' relativamente alla assunzione di tecnici collaboratori di squadre impegnate in attivita' agonistiche), Dassonville, cit. (contratti di esclusiva che permettono al concessionario di impedire importazioni parallele da altri Stati membri nella zona di esclusiva), Deutsche Grammophon, cit. (esercizio abusivo di diritti di privativa industriale per finalita' di spartizione dei mercati).

17. Sul punto v. ampiamente infra, sub VII.1.3.

18. Il secondo, terzo, quarto e quinto comma dell'articolo prevedono infatti regimi speciali per determinati territori legati agli Stati membri da vincoli particolari.

19. Dunque, non solo il territorio, ma anche qualsiasi altro spazio su cui si irradiano i poteri sovrani degli Stati membri (ad esempio, piattaforma continentale e zona economica esclusiva): cfr. in tal senso i rilievi di TIZZANO, "La libera circolazione dei servizi" ecc., cit., a p.32.

20. Ci riferiamo al cpv. 28 della sentenza Walrave, cit. (il corsivo e' nostro), ove la Corte afferma che il principio di non discriminazione "in ragione del suo carattere imperativo, costituisce un parametro inderogabile per qualsiasi rapporto giuridico, purché questo, in considerazione sia del luogo in cui sorge, sia del luogo in cui dispiega i suoi effetti, possa essere ricondotto al territorio della Comunità". Ma v. anche OLIVIER, "Commento all'art.4", in QUADRI, MONACO, TRABUCCHI, Commentario CECA, 1970, p.77 ss., a p.82, il quale, riferendosi all'inciso dell'art.4 del Trattato di Parigi per cui questo vieterebbe pratiche discriminatorie "all'interno della Comunità" osserva come fattispecie apparentemente "esterne" allo spazio geografico del mercato comune possano nondimeno incidere sul suo funzionamento e per questo rientrare nella competenza, ratione loci, del Trattato.

21. Che "conflitti di giurisdizione" possano sorgere anche in relazione all'applicazione del "principio di eguaglianza" e' mostrato dal caso Sumitomo Shojj America, Inc. v. Avagliano deciso dalla Supreme Court statunitense (50 U.S.L.W. 4643, 1982), relativo all'applicazione ad una filiale californiana di una società giapponese della legislazione statunitense in materia di parità di trattamento fra lavoro maschile e lavoro femminile.

22. Cfr., in generale sui profili giusinternazionalistici del problema dell'esercizio "extraterritoriale" della giurisdizione, e in particolare sulla posizione rispetto ad esso assunta dalle Comunità nella "controversia del gasdotto siberiano", il nostro "Sull'applicazione extraterritoriale delle misure di embargo degli Stati Uniti relative al 'gasdotto siberiano'", RDI, 1984, p.529 ss.

23. Cfr. le osservazioni del WEILER, Il sistema comunitario europeo, cit., p.121 ss., sui diversi esiti cui ha condotto l'adozione di una concezione, rispettivamente, "restrittiva" e

"funzionale" del principio degli enumerated powers nelle esperienze costituzionali canadese e statunitense.

24. Sulla distinzione, riconducibile al noto parere della Corte Internazionale di Giustizia relativo alla "reparation des dommages subis au service des Nations Unies" (C.I.J. Recueil, 1949, p.173 ss.), fra "poteri impliciti" e "funzioni implicite" di una organizzazione internazionale - nel primo caso all'organizzazione titolare di enumerated powers verrebbero riconosciuti poteri non espressamente conferiti ma necessari per un efficace esercizio delle funzioni oggetto di espressa previsione nell'accordo istitutivo, nel secondo caso si sposterebbe "piu' in la' il limite esterno dell'azione che l'organizzazione puo' lecitamente svolgere, individuandolo attraverso la considerazione di quelle disposizioni generalissime che indicano i fini per i quali l'organizzazione e' stata costituita" - e sulla circostanza che mentre i "poteri impliciti" potrebbero essere attribuiti senz'altro in via interpretativa, per l'affermazione di "funzioni implicite" sarebbero necessarie "o un'autonoma assunzione di nuovi poteri da parte dell'organizzazione volti all'effettivo svolgimento delle finalita' in parola, oppure la presenza nell'atto istitutivo di disposizioni generalissime dalle quali possa dedursi la comune volonta' degli Stati membri di attribuire all'organizzazione tutte le funzioni necessarie al raggiungimento dei fini statuari" o infine, soprattutto, "disposizioni . . . ad hoc eventualmente inserite nel trattato istitutivo" com'e' appunto nel sistema comunitario con l'art.235 CEE, v. FERRARI BRAVO, GIARDINA, "Commento all'art.235", in QUADRI, MONACO, TRABUCCHI, Commentario CEE, cit., p.1699 ss., a p.1702 ss. Similmente, con un linguaggio diverso, WEILER, Il sistema comunitario europeo, cit., p.169 ss., in particolare p.185 s.

25. L'altro limite, che vale ad escludere l'utilizzabilita' della teoria dei poteri impliciti "in una vasta serie di ipotesi", e' come si e' visto quello che il trattato non indichi in modo esplicito i poteri (e le funzioni) necessari per conseguire certe finalita', giacche' "(i)n quest'ultimo caso non si tratterebbe di riconoscere alle Comunita' poteri che, seppure non espressamente indicati nel Trattato, sono tuttavia necessari al raggiungimento degli scopi di questo, ma si tratterebbe di modificare le norme del Trattato che prevedono l'esercizio di determinati poteri per il raggiungimento di determinati fini, rendendosi quindi necessaria l'adozione del procedimento indicato dall'art.236 per la revisione del Trattato": FERRARI BRAVO, GIARDINA, op. ult. cit., p.1706 s. e p.1711 s.

26. Cfr. FERRARI BRAVO, GIARDINA, op. ult. cit., p.1707 ss. E' questa a nostro avviso la ricostruzione piu' convincente (per coerenza con la lettera del trattato: si consideri come lo stesso art.2 precisi che le finalita' comunitarie vanno perseguite "mediante l'instaurazione di un mercato comune"; per coerenza con approcci interpretativi radicati nella giurisprudenza: v. quanto osservato fra breve alla nota 51 e testo relativo) di una norma senz'altro complessa, soprattutto a causa delle diverse accezioni con cui il termine "mercato comune" viene utilizzato nel Trattato di Roma (acutamente il WEILER, Il sistema comunitario europeo, cit., p.186 ss., osserva che se per mercato comune si intendesse soltanto lo spazio geografico interessato dal processo integrativo, allora l'art.235 potrebbe ad esempio valere ad estendere le competenze comunitarie anche in settori come quello della difesa: il che e' palesemente irrealistico e contro lo spirito della norma).

27. FERRARI BRAVO, GIARDINA, op. ult. cit., p.1710 s., osservano che la valutazione - sulla necessita' o meno dell'attribuzione di nuovi poteri agli organi comunitari, avendo carattere essenzialmente politico, "ha natura assolutamente discrezionale" ed e' percio' insindacabile dalla Corte. Si noti tuttavia che in alcune sentenze (Rewe Zentral AG II, 33/76, Raccolta 1976, p.1989, cpv.5, Defrenne II, 43/75, Raccolta 1976, p.455, cpv.63), la Corte sembra "invitare" le istituzioni a ricorrere all'art.235 (cosi' WEILER, op. ult. cit., a p.191).

28. Un uso illecito dell'art.235 e' tutt'altro che improbabile, considerato il ricorso frequentissimo negli ultimi tempi a tale clausola per l'attribuzione alle Comunita' di poteri nelle materie piu' disparate e spesso solo marginalmente ricollegabili al "funzionamento del mercato comune" (cfr. TIZZANO, "Lo sviluppo delle competenze materiali delle Comunita' Europee", RDE, 1981, p.139 ss., in particolare p.185 ss., e WEILER, op. ult. cit., p.192 ss.). Ne' ci sembra che l'unanime consenso di tutti gli Stati membri (rectius: dei loro Governi) richiesto per le relative delibere del Consiglio, e cioe' il consenso dei soggetti piu' direttamente interessati a reagire contro illecite restrizioni della sovranita' statale a vantaggio delle Comunita' poste in essere attraverso la procedura dell'art.235, valga nei fatti a sanare le eventuali violazioni del Trattato cosi' determinatesi; al di la' della sua evidente infondatezza da un punto di vista formale, questa tesi non tiene nel dovuto conto ne' il fatto che gli ordinamenti degli Stati membri di solito prevedono per la stipulazione e ratifica di trattati internazionali (e dunque anche per la loro revisione) particolari procedure di rilevanza costituzionale coinvolgenti altri organi diversi dal Governo, ne' la possibilita' che,

modificatisi gli equilibri interni, al Governo di uno Stato membro salgano nuove forze politiche (al limite quelle stesse forze, all'opposizione al momento della delibera, che il ricorso all'art.235 invece che alla revisione del Trattato ex art.236 aveva verosimilmente privato di qualsiasi potere diretto di intervento sulla decisione) le quali potranno senz'altro impugnare di fronte alla Corte il precedente atto del Consiglio, allegandone vizi di incompetenza, sviamento di potere, e cosi' via.

29. Sulle tecniche interpretative della Corte di giustizia v., in generale, GUEGAN, Les methodes de la Cour de Justice des Communautés Europeennes, These pour le doctorat d'etat en droit, 1979.

30. Pur senza trasmodare dal suo ruolo di organo giurisdizionale, e quindi evitando di modificare il riparto originario di competenze col riconoscere "funzioni" implicite, cio' che spetta alle istituzioni ricorrendo all'apposita procedura di cui all'art.235 (sulla distinzione fra "poteri impliciti" e "funzioni implicite" v. supra, alla nota 24), la Corte ha ben presto abbandonato l'approccio "internazionalista" (piu' restrittivo) alla dottrina, per adottare un approccio "costituzionalista" (piu' estensivo) che da rilievo all'effct utile non solo delle singole disposizioni, ma anche del trattato considerato nel suo insieme: sul punto v. WEILER, Il sistema comunitario europeo, cit., p.169 ss.

31. Cit., ai cpv. 16-19/20.

32. Cosi' l'Avv. Gen. Trabucchi, ibid., Raccolta 1976, a p.1318.

33. 53/81, Raccolta 1982, p.1035, cpv.14-17.

34. Una scelta chiaramente ispirata dal favor integrationis di cui si parlava: si consideri infatti che, accogliendo tesi talora formulate dagli Stati membri, la Corte avrebbe ben potuto affermare il medesimo principio ma in senso opposto, e cioe', per dirla con il Governo tedesco (nel caso Rewe Zentral AG III, piu' comunemente noto come "Cassis de Dijon", 120/78, Raccolta 1979, p.649, a p.656), dalla comune premessa per cui la "delimitazione funzionale delle competenze tra competenza nazionale e competenza comunitaria" costituisce un "principio fondamentale del

Trattato", avrebbe potuto derivare con lo stesso rigore logico la conseguenza, appunto opposta a quella di Casagrande, che l'applicazione delle disposizioni del Trattato trova perciò "il proprio limite là dove l'esercizio funzionale dei poteri lasciati agli Stati membri sarebbe posto nel nulla".

35. Sulla necessarietà di tale principio in un contesto di integrazione sovranazionale (ma dubitativamente circa la sua effettiva derivabilità dal diritto comunitario vigente) v. le stimolanti osservazioni di VERLOREN VAN THEMAAT, "Annotation on case 31/74", CMLR 1975, p.422 ss., il quale in particolare definisce "a logical basic idea" che in caso di una politica comune di intervento (come quella agricola) tutte le misure che toccano il settore di intervento e che potrebbero frustrare l'effetto politico perseguito debbano essere coordinate o assunte in accordo con l'autorità centrale responsabile di tale politica.

36. Sul punto v. ampiamente infra, sub VII.2.3.

37. 9/74, Raccolta 1974, p.773, cpv. 6.

38. Per restare all'art.48 CEE, si può rinviare alle sentenze richiamate nel nostro "Principio di eguaglianza e divieti di discriminazioni nella giurisprudenza comunitaria in materia di diritti di mobilità territoriale e professionale dei lavoratori", RDE, 1983, p.325 ss., alle note 51-54 e testo relativo.

39. Così, quasi letteralmente, i cpv.7-9 della sentenza Fietje, 27/80, Raccolta 1980, p.3839, e, in generale, la prassi giurisprudenziale ispirata dalla dottrina "Cassis de Dijon" (sulla quale v. infra, sub V.1.); ma la stessa impostazione caratterizzava già la sentenza Dassonville, cit., cpv. 5, ove la Corte qualifica come misura di effetto equivalente ai sensi degli artt.30 e ss. "ogni normativa commerciale" (e, più tardi, "ogni normativa" tout court: sentenza Vriend, 94/79, Raccolta 1980, p.327, cpv.8), quali che fossero gli scopi perseguiti ed i settori di intervento, purché idonea ad ostacolare gli scambi intracomunitari.

40. WEILER, Il sistema comunitario europeo, cit., a p.61.

41. Ma si tratta di considerazioni generalizzabili: v., p.e., per quanto concerne le relazioni esterne delle Comunità, la giurisprudenza richiamata dal WEILER, op. ult. cit., p.62 ss.

42. Cfr. il cpv. 15 della sentenza Galli, 31/74, Raccolta 1975, p.47, che esclude a priori che in mercati agricoli controllati da organizzazioni comuni gli Stati membri possano piu' adottare misure unilaterali relative alla formazione dei prezzi alla produzione o all'ingrosso (ma v. anche, in precedenza, il cpv.14 della sentenza SAIL, 8/71, Raccolta 1972, p.119, e l'intervento della Commissione in Syndicat National Cereales, 34/70, Raccolta 1970, p. 1233, a p.1238).

43. Per una chiara analisi della giurisprudenza rilevante sul punto e, in generale, del "problema fondamentale . . . dei limiti entro i quali puo' essere consentito ad uno Stato membro di aggiungere proprie norme ai regolamenti comunitari esistenti in una certa materia" v. le conclusioni dell'Avv. Gen. Capotorti nel caso Amsterdam Bulb, 50/76, Raccolta 1977, p.137, a p.151 ss., ove si osserva come questo approccio pragmatico, prevalentemente seguito dalla Corte, sia piu' convincente, soprattutto rispetto ad "un settore dell'economia e dell'attivita' umana cosi' sensibile e complesso quale e' quello dell'agricoltura" nel quale possono emergere "esigenze meritevoli di tutela" non coperte "da una disciplina comunitaria ancora in via di formazione"; ma v. anche, in senso simile, le conclusioni dell'Avv. Gen. Trabucchi al precedente caso Arnaud, 18 e 19/75, Raccolta 1975, p. 1023, a p.1042. Che la Corte abbia "overruled" la posizione assunta in Galli, poc'anzi ricordata, ritenendo di dover condannare "not national measures as such, but national measures which jeopardize the aims or the functioning of the common organizations of the market" e' pure sostenuto dal BAUMANN, "Common Organizations of the Market and National Law", CMLR, 1977, p.303 ss., che richiama in tal senso le sentenze Russo (60/75, Raccolta 1976, p. 45), SADAM (88-90/75, Raccolta 1976, p.323), Tasca (65/75, Raccolta 1976, p.291) e Kramer (cit.).

44. Cfr. la giurisprudenza sul punto richiamata dall'Avv. Gen. Capotorti nel caso Amsterdam Bulb, cit., Raccolta 1977, a p.152.

45. Ed infatti, come osserva l'Avv. Gen. Capotorti (op. e loc. ult. cit.), all'origine di tale divieto vi e' il rischio reale che la riproduzione delle disposizioni comunitarie in norme statali possa far sorgere equivoci sia sulla azionabilita' del

procedimento di rinvio pregiudiziale ex art.177 CEE, sia sull'ordinamento cui esse appartengono (e quindi sulle regole da utilizzare per definirne la validita', l'efficacia nel tempo e nello spazio, i destinatari, l'interpretazione in genere).

46. Ripresa in successive sentenze (cfr., p.e., Saunders, 175/76, Raccolta 1979, p.1129, cpv. 12), la categoria delle "situazioni puramente interne" ci sembra sia stata utilizzata per la prima volta nella pronuncia Knooks (115/78, Raccolta 1979, p.399, cpv.24) al fine di individuare i limiti all'applicabilita' della disciplina comunitaria della liberta' di stabilimento (ma cfr. anche tutti quei casi in cui la Corte, o gli Avvocati Generali, o la Commissione interveniente, hanno specificato le condizioni alle quali rapporti o situazioni interessanti un individuo ed il proprio Stato di cittadinanza possono acquistare rilevanza comunitaria: Thieffry, 71/76, Raccolta 1977, p.765, Auer I, 136/78, Raccolta 1979, p.437, Broekmeulen, 246/80, Raccolta 1981, p.2311, Morson e Jhanjan, 35 e 36/82, Raccolta 1982, p.3723, segnatamente i passi richiamati infra, sub V.1.1.2.).

47. Si pensi agli artt. 85-86 che vietano pratiche o accordi privati monopolistici od oligopolistici nella misura in cui possono pregiudicare "il commercio tra Stati membri" o comunque falsare il gioco della concorrenza "all'interno del mercato comune". Si noti tuttavia che la Corte ha ritenuto soddisfatto tale requisito nel caso di intese meramente nazionali, ma incidenti sul complessivo "spazio economico" di uno Stato membro, giacche' in tale ipotesi esse hanno "per natura l'effetto di rinforzare le scompartimentazioni nazionali e di conseguenza ostacolare la compenetrazione economica voluta dal trattato" (Cementhandelaren, 8/72, Raccolta 1972, p. 977, cpv. 28-29): su questa tendenza, da intendere come "(p)unto di transizione fra la originaria concezione 'interstatale' storicamente motivata dall'esigenza di smantellare gli intralci esistenti tra di diversi paesi divenuti membri del Mec, ed una concezione . . . che guarda ad un mercato plurinazionale gia' sufficientemente unificato, all'interno del quale sono gia' cadute in massima parte le 'frontiere' economiche nazionali, e che mira soprattutto non semplicemente ad evitare 'scompartimentazioni nazionali', bensì al mantenimento al livello del mercato comune di 'sane condizioni di concorrenza' ", v. le osservazioni di GHIDINI, "I limiti negoziali alla concorrenza", in GALGANO (a cura di), Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, IV, 1981, p.11 ss., a p.35, nota 116.

48. E' la fattispecie qualificata dalla Corte in Saunders, cit., come comunitariamente irrilevante.

49. Cfr. OLIVER, Free Movement of Goods in the EEC, cit., a p.84 ss.

50. V. quanto gia' osservato sul punto alla nota 26.

51. Cfr., gia' in riferimento al Trattato CECA, la giurisprudenza richiamata supra, sub II.1.1., nota 5 e testo relativo.

52. La prima sentenza in tal senso e' comunemente ritenuta quella resa nel caso Gitlow v. New York, 268 U.S. 652, 1925. Per una efficace sintesi della evoluzione giurisprudenziale sul punto v. COHEN, SCHWARTZ, SOBUL, The Bill of Rights, 1976, II ed., a p. 14 ss.

53. Soprattutto DRZEMCZEWSKY, "The Domestic Application of the Human Rights Convention as European Community Law", ICLQ, 1981, p.118 ss.; ma cfr. anche, con maggiore cautela, CAPPELLETTI, "The Mighty Problem of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis", LIEI, 1979, p.1 ss., a p. 21, e WEILER, "Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities", dattiloscritto, 1985, p.41 ss. Contra CAPOTORTI, in "Sull'eventuale adesione delle Comunita' alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo", RDI, 1980, p.1 ss., a p.5, nota 1, e come Avvocato Generale nelle conclusioni al caso Defrenne III, 149/77, Raccolta 1978, p. 1365, a p.1385; ma anche l'Avv. Gen. Trabucchi nelle conclusioni al caso Watson, 118/75, Raccolta 1976, p. 1185, a p.1205 ss.

54. Vedila richiamata supra, sub II.1.3.2.

55. E naturalmente degli Stati membri, allorché questi agiscono quali "gestori" di interessi comunitari (come ad esempio avviene per l'amministrazione delle risorse finanziarie delle Comunita': cfr. le sentenze Grosoli, 35/79, Raccolta 1980, p.177 e Ferwerda, 265/78, Raccolta 1980, p.617).

56. V. quanto osservato supra, sub II.1.3.2., note 36-37 e testo relativo.

57. Com'è chiaro, ciò risulterà più facile allorché la Corte si troverà di fronte a misure derogatorie del diritto comune (come appunto i provvedimenti per ragioni di ordine pubblico contemplati dall'art.48,3), giacché in questa ipotesi la lesione di interessi comunitariamente protetti sussisterà per definizione, e l'incorporation potrà svolgersi facendo del rispetto dei diritti fondamentali uno dei requisiti del regime che definisce le condizioni di legittimità di tali misure eccezionali.

58. 36/75, Raccolta 1975, p. 1219, cpv.32. Ma v. anche le osservazioni della Commissione, ibid., a p.1225, per la quale, poiché le costituzioni nazionali e vari documenti internazionali ratificati dagli Stati membri riconoscono i diritti di libertà, e' da escludere che un'attività costituente il loro legittimo esercizio possa venire considerata pregiudizievole per l'ordine pubblico statale ai fini della deroga di cui all'art.48,3.

59. Nello stesso senso ci sembra vadano intesi i richiami alla Convenzione, talora generici e poco chiari quanto appunto alle condizioni della sua invocabilità nel foro comunitario, fatti soprattutto da Commissione e Avvocati Generali in altri casi aventi ad oggetto la legittimità di atti o comportamenti degli Stati membri (p.e., Watson, cit., Raccolta 1976, p.1193 e p.1204 ss., Pecastaing, 98/79, Raccolta 1980, p. 691, a p.726 ss., Adoui e Cournaillé, 115 e 116/81, Raccolta 1982, p.1665, a p.1701 e a p.1718). In particolare, si notino le affermazioni dell'Avv. Gen. Capotorti in Defrenne III, cit., Raccolta 1978, a p.1385 (enfasi aggiunta), per cui "dove vi siano norme comunitarie direttamente applicabili (per effetto dei Trattati o di atti derivati) esse vanno interpretate in modo coerente con il principio del rispetto dei diritti dell'uomo", e della Commissione in Adoui e Cournaillé, cit., Raccolta 1982, a p.1701, per cui la Convenzione va utilizzata (non in quanto direttamente vigente nell'ordinamento comunitario, ma) "per analogia".

60. Come appena rilevato alla nota 56, diverso sarebbe il caso in cui espressione di una ideologia o politica razzista risultassero le modalità o i motivi di provvedimenti d'ordine pubblico adottati dallo Stato membro e restrittivi dei diritti comunitari di mobilità territoriale e professionale: in circostanze del genere la Corte potrebbe infatti agevolmente interpretare le late formulazioni dell'art.48,3 e della connessa normativa secondaria per escludere l'invocabilità della deroga ivi prevista, ad esempio affermando a fronte di tali misure discriminatorie l'assenza a priori del requisito della "minaccia effettiva ed abbastanza grave" ad un interesse statale alla pace

ed alla sicurezza interne rilevante per l'ordinamento comunitario.

61. Cio' che, considerata l'interpretazione attualmente prevalente delle norme sulla libera circolazione dei lavoratori, non e' difficile accada: sul punto, v. quanto osservato criticamente infra, sub V.2.

62. Limiti che gli Stati membri sembrano ben intenzionati a far valere: cfr. gli interventi dei Governi britannico e italiano nel caso Watson, cit., Raccolta 1976, alle pp.1190 s. e 1192.

63. Per parafrasare il CAPPELLETTI, "Giustizia costituzionale soprannazionale. Il controllo giudiziale delle leggi e la giurisdizione delle liberta' a livello internazionale", RDP, 1978, p.1 ss., e "The Mighty Problem" ecc., cit., a p. 20 s.

64. In questa direzione si muovono i vari progetti concernenti l'attribuzione ai "cittadini comunitari" di "diritti speciali" (in particolare, la "Carta dei diritti del cittadino della Comunita' Europea", proposta dal Parlamento Europeo, che oltre ad includere fra tali situazioni di vantaggio i "diritti fondamentali" tradizionalmente riconosciuti attribuisce alla Corte di giustizia il compito di assicurarne il rispetto e l'uniformita' di applicazione, facendone quindi una sorta di "super-corte costituzionale" europea): in materia si vedano GAJA, "L'attribuzione di diritti speciali ai cittadini della Comunita' secondo il Parlamento Europeo", RDI, 1978, p.943 ss., e NASCIBENE, Il trattamento dello straniero ecc., cit., p.498 ss.

65. D'altro canto, come osserva il WEILER, "Protection of Fundamental Human Rights" ecc., cit., p. 44 s., nel sistema statunitense la dottrina giudiziale dell'incorporation ha potuto essere sviluppata dalla Supreme Court per la presenza di due ben precise "anchors" nel diritto costituzionale ivi vigente, il Bill of Rights e, soprattutto, la gia' ricordata "privileges and immunities" clause del XIV emendamento; "punti di aggancio" dei quali allo stato non e' dato di trovare un corrispondente nella higher law dei trattati comunitari.

66. Cfr. EDENS, PATIJN, "The Scope of the EEC System of Free Movement of Workers", CMLR, 1972, p.322 ss., BOEHNING, "The Scope of the EEC System of Free Movement of Workers: A

Rejoinder", CMLR, 1973, p.81 ss., a p. 82, EDENS, PATIJN, "Post scriptum", CMLR, 1973, p.84 ss., a p.85. Si noti che l'art.42,3, del reg.1612/68, cit., espressamente esclude tali soggetti dal godimento dei diritti di mobilita' territoriale e professionale da esso specificati; ma, come osserva il Boehning (loc. ult. cit.), proprio per l'ambiguita' sul punto del Trattato resta aperta la possibilita' che la Corte invalidi tale disposizione per contrasto con i principi di giustizia distributiva derivabili dagli artt.7 e 48, o con il principio "generale" della eguaglianza di fronte alla legge.

67. Ingiuste rispetto al principio "generale" di eguaglianza, considerata l'arbitrarieta' del trattare diversamente soggetti che, come ad esempio i "British subjects" originari del Commonwealth, spesso risiedono nello Stato membro godendo di uno status quasi del tutto identico a quello dei cittadini di questo; ma anche rispetto agli obbiettivi di giustizia distributiva di garanzia del gioco concorrenziale in seno al mercato comune del lavoro salariato sottesi alla disciplina della libera circolazione dei lavoratori: conforme BOEHNING, op. e loc. ult. cit.

68. Naturalmente non si considera qui il caso in cui ad incidere negativamente sulla garanzia dell'eguaglianza rispetto ad una fattispecie sulla quale l'ordinamento comunitario ha competenza sia il trattamento ad essa riservato in un altro, autonomo ordinamento: come gia' si notava (supra, sub III.2.), e' infatti sempre possibile in una tale ipotesi che il diritto comunitario assuma tale trattamento come un dato ed adatti ad esso le proprie scelte classificatorie si' da evitare il prodursi di una discriminazione.

69. In tal senso la prevalente dottrina interpreta l'inciso dell'art.48,2, che impone l'abolizione nei rapporti di lavoro subordinato di discriminazioni fondate sulla nazionalita' "tra i lavoratori degli Stati membri": cfr. BLECKMANN, "Considerations sur l'interpretation de l'article 7 du Traite' C.E.E.", RTDE, 1976, p. 469 ss., a p.470 e p.480.

70. Com'e' noto, essa vale anche a vantaggio di merci originarie di Stati terzi una volta che siano state lecitamente messe "in libera pratica" nel mercato comune: cfr. chiaramente sul punto la sentenza Donckerwolcke, 41/76, Raccolta 1976, p.1921, cpv.14-20.

71. Similmente, nel senso che il divieto di non discriminazione contenuto nelle norme sulla libera circolazione delle persone costituirebbe, per il suo ambito ristretto di operativita', una "anomalia" rispetto al fondamentale principio di cui all'art.7 valido invece erga omnes in quanto finalizzato alla liberalizzazione di movimenti economici, BLECKMANN, cit., a p.470.

72. Infra, sub V.1.1.2., cui si rinvia per una piu' ampia trattazione.

73. Sulla categoria delle "situazioni puramente interne ad uno Stato membro" v. quanto osservato al paragrafo precedente.

74. Dell'art.14 sarebbe anche possibile una interpretazione restrittiva che finirebbe in realta' per privarlo di qualsiasi rilevanza: il fatto che esso enunci il divieto di discriminazioni non in generale ma soltanto rispetto al godimento delle specifiche situazioni fondamentali di vantaggio protette dalla Convenzione potrebbe infatti far ritenere che la sua violazione presupponga sempre, per definizione, anche la lesione appunto di una delle norme in cui tali situazioni trovano riconoscimento, lesione che sarebbe dunque di per se' sufficiente a configurare l'inadempimento dello Stato. Sia la Commissione (a partire dai casi "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium", Rapporto del 24 giugno 1965, in Publications of the European Court of Human Rights, Series B, 1967, I, p.9 ss., a p.302 ss., e Grandrath, Rapporto del 12 dicembre 1966, in Yearbook of the European Convention of Human Rights, 1967, p.626 ss., a p.678) che la Corte europea dei diritti dell'uomo (a partire dalla sentenza 23 luglio 1968 nel caso "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium", Publications of the European Court of Human Rights, Series A, 1968, p. 4 ss., a p. 33 ss.) hanno tuttavia rigettato questa lettura riduttiva, ed hanno invece fatto propria, sia pure in modo non del tutto chiaro, una dottrina che attribuisce "autonoma applicabilita'" alla disposizione dell'art.14, individuandone la vera e distinta funzione nella sanzione delle discriminazioni cui gli Stati possono dar luogo nell'esercizio di quei poteri discrezionali per la disciplina dei diritti dell'uomo di cui talora godono in conformita' alla stessa Convenzione: e cioe', in quelle ipotesi in cui la Convenzione, nel lasciare agli Stati la facolta' di derogare ai diritti e alle liberta' garantite, oppure di decidere il tipo di misure esecutive necessarie per una loro effettiva tutela, o ancora di estendere il minimum convenzionalmente protetto, si preoccupa al tempo stesso di definire le condizioni

di legittimità di tali interventi normativi, e fra queste quella imposta dall'art.14 del rispetto del principio di non discriminazione. Su questa problematica in generale v. EISSEN, "L' 'autonomie' de l'Article 14 de la Convention Europeenne des Droits de l'Homme dans la jurisprudence de la Commission", in Melanges offerts a' Polys Modinos, 1968, p.122 ss., SPERDUTI, "Le principe de non-discrimination dans la jouissance des droits de l'homme (A propos de l'affaire 'Syndicat National de la Police Belge')", RDH, 1976, p.71 ss., SUNDBERG-WEITMAN, "Legal test for applying the European Convention of Human Rights and Freedoms in adjudicating an alleged discrimination", Nordisk Tidsskrift for International Ret, 1980, p.32 ss., e, da ultimo, per ulteriori indicazioni bibliografiche e per un'efficace ricostruzione del problema, DE WITTE, The Protection of Linguistic Diversity Through Fundamental Rights, Tesi di dottorato presso l'Istituto Universitario Europeo, 1985, p.569 ss.

75. Come rilevato da vari Autori, situazioni giuridiche di questo genere sono senz'altro configurabili nonostante il fatto che il diritto comunitario regoli un processo di integrazione prevalentemente economica, dunque una materia che apparentemente non coinvolge i diritti dell'uomo protetti dalla Convenzione: cfr. i vari esempi forniti da NASCIBENE, Il trattamento dello straniero ecc., cit., a p.527 ss.; ma v. anche, in precedenza, MONACO, "Lo status dell'individuo nell'ordinamento comunitario", in Studi in onore di Manlio Udina, 1975, I, p.588 ss., a p.563 s., BERNHARDT, "Problemi relativi ad un catalogo di diritti fondamentali per le Comunità Europee", in Boll. C.E., Suppl. 5/76, p. 19 ss., a p.28 e p.49, TOUFFAIT, "La competence communautaire est-elle restreinte au seul domaine économique?", Recueil Dalloz-Sirey, Chronique n.31, 1976, p.165 ss., SOERENSEN, "Punti di contatto fra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il diritto delle Comunità Europee", RDE, 1978, p.163 ss. Per fare soltanto un esempio relativo ad uno dei settori oggetto della nostra analisi, le garanzie procedurali che il diritto comunitario impone agli Stati membri di accordare ai migranti destinatari di misure di ordine pubblico restrittive della loro libertà di circolazione possono senz'altro considerarsi espressione del principio del "processo equo" di cui all'art.6 della Convenzione, così come i diritti del migrante a farsi raggiungere dalla propria famiglia nel Paese ospite e ad ottenerne sotto vari profili l'integrazione appaiono strumentali alla tutela della vita privata e familiare di cui all'art.8 della Convenzione. Naturalmente i "punti di contatto" fra diritto comunitario e Convenzione europea aumenterebbero qualora si procedesse all'auspicata estensione della Carta di Roma ai diritti fondamentali "economici e sociali" (sulle iniziative in tal senso nell'ambito del Consiglio d'Europa si rinvia di nuovo a NASCIBENE, op. ult. cit., p.519, nota 45).

76. Cio' non accadrà sempre e necessariamente: si ponga mente all'esempio appena menzionato delle garanzie procedurali nei confronti di provvedimenti assunti da uno Stato membro in base alla deroga dell'ordine pubblico, ed a come queste non possano considerarsi benefici particolari della condizione di migrante ma piuttosto situazioni di vantaggio di cui ha interesse a godere chiunque sia destinatario di provvedimenti restrittivi della propria libertà personale, come tali senz'altro estendibili ai soggetti protetti dalla Convenzione.

77. Cfr., p.e., le osservazioni della Commissione ("Adesione delle Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo", in Boll. C.E., Suppl. 2/79, a p. 15), per cui si dovrebbe "probabilmente . . . effettuare una messa a punto relativa all'art.14" della Convenzione europea dei diritti dell'uomo onde "escludere eventuali obiezioni nei confronti della preferenza concessa ai cittadini" comunitari.



NOTE AL CAPITOLO V

1. Nonostante questa sia l'ipotesi piu' comune, classificazioni in base alla nazionalita' potrebbero infatti comportare la lesione anche di altri profili di giustizia distributiva: v. infatti quanto osservato infra, sub V.2.6.

2. Riprendiamo il termine da PANEBIANCO, "Circolazione dei lavoratori nei paesi della CEE", in Novissimo Digesto Italiano, Appendice, 1980, p.1193 ss., che parla appunto di "diritti di mobilita' territoriale e professionale" per indicare lo status giuridico attivo complessivamente riconosciuto ai lavoratori subordinati in attuazione degli imperativi comunitari della liberta' di circolazione e della non-discriminazione di cui agli artt.48 e ss.

3. In questi casi, infatti, si ha essenzialmente l'individuazione di diritti e doveri attraverso il ricorso ad una tecnica di rinvio: quale che sia il trattamento riservato a determinati soggetti, questo va esteso alla classe di soggetti tutelati dal principio comunitario di eguaglianza. Si puo' qui richiamare come esempio l'art. 8 della dir.64/221 (G.U.C.E., 1964, n.56, p.850 ss.) che, nel definire le garanzie di cui il migrante deve godere a fronte di misure di ordine pubblico assunte nei suoi confronti da uno Stato membro in deroga ai principi della libera circolazione, prevede l'obbligo di assicurare al destinatario di tali misure gli stessi mezzi di ricorso esperibili dai cittadini dello Stato membro contro gli atti amministrativi.

4. 8/74, Raccolta 1974, p.837, cpv.5 (ma v. anche le conclusioni dell'Avvocato Generale, ibid., a p.885 ss.). La formula citata compare in un gran numero di sentenze e riflette un modello interpretativo prevalente nella giurisprudenza in materia di libera circolazione delle merci: v., fra gli altri, i casi Commissione c. Repubblica Federale, 63/74, Raccolta 1975, p.181, De Peijper, 104/75, Raccolta 1976, p.613, Donckerwolcke, 41/76, Raccolta 1976, p.1921, Gilli, 788/79, Raccolta 1980, p.2071, Commissione c. Repubblica Francese, 152/78, Raccolta 1980, p.2299.

5. Ci riferiamo alle conclusioni dell'Avv. Gen. Dutheillet de Lamothe nel caso Cinzano, 13/70, Raccolta 1970, p.1089, a p.1102 ss., da cui e' tratta la citazione nel testo (l'enfasi e' nell'originale): nella specie, appunto dando applicazione al principio cosi' enunciato, l'Avvocato Generale afferma la compatibilita' con l'art.37,2 di una tassa sulle importazioni di tipo "compensativo", istituita cioe' da uno Stato membro al solo fine di riequilibrare gli oneri fiscali gravanti sui prodotti interni concorrenti a causa del regime di monopolio vigente nel settore, in quanto, nonostante le restrizioni agli scambi cui puo' dare origine, tale misura persegue lo scopo, comunitariamente legittimo, di por fine alla discriminazione a danno degli operatori economici nazionali che in sua assenza si produrrebbe. In una simile direzione v. anche l'approccio suggerito dall'Avv. Gen. Trabucchi nel caso Kramer, sul quale infra, alla nota 7, e, espressamente, le affermazioni dell'Avv. Gen. Capotorti in Donckerwolcke, cit., Raccolta 1976, a p.1941, per cui "considerare come contraria all'art.30 del Trattato qualsiasi misura che abbia un effetto restrittivo sugli scambi intracomunitari, o li rende piu' difficili e gravosi, significherebbe sottovalutare l'importanza che hanno lo scopo delle singole misure e la proporzione tra gli effetti restrittivi e lo scopo".

6. Si veda, sia pure in una prospettiva diversa da quella da noi seguita, CAPELLI, "Les malentendus provoques par l'arret 'Cassis de Dijon' ", RMC, 1981, p.421 ss., il quale, auspicando un approccio "positivo" nell'applicazione degli artt.30 e ss., afferma che per ritenere che una misura fonte di effetti restrittivi sia colpita dai divieti contenuti in tali norme andrebbe innanzitutto verificata l'esistenza di uno scopo (o effetto) protezionistico, e MATTERA, "Circolazione delle merci nei paesi della CEE", in Novissimo Digesto Italiano, Appendice, cit., p.1197 ss., a p.1202, secondo il quale sarebbe "assurdo" qualificare come "misure d'effetto equivalente" ostacoli tecnici agli scambi soltanto per la loro idoneita' a rendere piu' difficili i flussi commerciali intracomunitari.

7. Ci riferiamo evidentemente al noto caso Kramer, 3,4 e 6/76, Raccolta 1976, p.1279, in cui la Corte (cpv. 56/59) riconosce che limitazioni del volume dell'attivita' di pesca attraverso quote di cattura non costituiscono "misure d'effetto equivalente", anche se il loro "effetto prossimo" e' senz'altro restrittivo degli scambi, giacche' nel lungo termine esse risultano condizione indispensabile per la preservazione del patrimonio ittico e quindi fattore di razionalizzazione del relativo mercato. In tal modo la Corte da svolgimento ad un principio solo enunciato dall'Avv. Gen. Trabucchi nelle sue

conclusioni (ibid, a p. 1324) il quale, affermata in linea teorica la necessita' appunto di una "concezione alquanto pragmatica e forse addirittura flessibile" di misura d'effetto equivalente tale da "adeguarsi ad una valutazione della rilevanza degli effetti eventuali sul commercio, non limitatamente ad un breve lasso di tempo", nega tuttavia la reale praticabilita' di un simile approccio, date le complicate analisi cui condurrebbe, e preferisce far salvo il provvedimento in esame ricorrendo alla deroga di cui all'art.36.

8. Così sembra ritenere la Corte in Van Haaster, 190/73, Raccolta 1974, p.1123, in particolare ai cpv.11-17, in riferimento ad un regime di standards qualitativi imposto da un regolamento relativo all'attuazione di una organizzazione comune di mercato.

9. In contrasto con l'art.2, 3, s, della dir.70/50 (G.U.C.E., L 13, 1970, p.29 ss.), che esclude tali misure dall'ambito di applicazione degli artt.30 e 34, la Corte in Commissione c. Repubblica Federale, cit., ai cpv. 16-17 ritiene che invece esse ricadano sotto il divieto di misure d'effetto equivalente a restrizioni alle importazioni o esportazioni, potendo semmai essere legittimate in via di eccezione ex art.36.

10. Sulle quali v. quanto osservato infra, sub V.3.1.2. In merito al rapporto fra garanzia della proprieta' industriale e commerciale e "filosofia" liberoconcorrenziale v. poi GHIDINI, "La concorrenza sleale: i principi", in GALGANO (a cura di), Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, IV, 1981, p.69 ss., a p.111 ss.

11. Sul punto v. ampiamente infra, sub V.2., alle note 242-247 e testo relativo.

12. Vedine la ricostruzione in MEIJ, WINTER, "Measures Having an Equivalent Effect to Quantitative Restrictions", CMLR, 1976, p.79 ss., a p.84 ss. e in OLIVER, "Measures of Equivalent Effect: a Reappraisal", CMLR, 1982, p.217 ss.

13. Der Begriff 'Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmaessige Einfuhrbeschaenkungen' im EWG Vertrag, 1972, a p. 25.

14. "Der EWG-rechtliche Begriff der 'Massnahmen gleicher Wirkung wie eine mengenmaessige Beschraenkung' ", NJW, 1967, p.2081 ss.

15. In EHLE, MEIER, EWG -Warenverkehr, 1971, p.158 ss.: in realta' quest'Autore sostiene una tesi ancora piu' restrittiva in quanto non ritiene applicabile l'art.30 a misure che, pur influenzando negativamente l'offerta dei beni importati sul mercato interno, non impediscono stricto sensu (cioe' non vietano) l'importazione.

16. Der Gleichheitssatz im Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Markts, 1965, a p.14, e Dienstfreiheit und Versicherungsaufsicht im Gemeinsamen Markt, 1971, a p.82: la posizione dello Steindorff e' in realta' piu' elaborata in quanto, a differenza degli altri Autori, egli da rilievo alla possibilita' che la pari applicabilita' della misura celi discriminazioni de facto, ad esempio qualora beni importati vengano trattati egualmente nonostante obbiettive diversita' nelle loro condizioni di produzione o commercializzazione.

17. Funktion und Grenzen des Rechtsangleichung nach Art.100 EWG Vertrag, 1976, a p.84 ss.

18. Questo approccio non va confuso con quello seguito da varie sentenze relative a provvedimenti statali incidenti in modo restrittivo su interessi comunitari allorche', dopo aver accertato la "ragionevolezza" alla luce della nozione materiale di eguaglianza comunitaria della finalita' perseguita, oppure la sua liceita' in base ad una deroga riconosciuta dall'ordinamento, la Corte realizza un "rigido" controllo di razionalita' della misura adottata onde verificare che gli effetti negativi di questa non eccedano il necessario (per la prima ipotesi, v. le pronuncie relative a provvedimenti statali in materia di controllo dei movimenti della popolazione sul territorio nazionale, cit. infra, sub V.1.1.1., note 80-82 e testo relativo; per la seconda ipotesi, v. in genere le osservazioni svolte e le sentenze richiamate nella analisi delle "deroghe" al principio di eguaglianza condotta infra, sub V.3.2.). Nel caso in esame, infatti, la limitazione del controllo giudiziale ad una mera verifica della non arbitrarieta' della norma non e' preceduta e giustificata da alcuna preventiva valutazione del fine perseguito, non potendosi certo affermare aprioristicamente la "ragionevolezza", o la liceita' in deroga, di qualsiasi provvedimento statale di disciplina commerciale solo perche' "egualmente applicabile".

19. Così' WYATT, DASHWOOD, The Substantive Law of the EEC, 1979, a p.101 e a p.102, n.34.

20. In VON DER GROEBEN, VON BOECKH, THIESING, Kommentar zum EWG -Vertrag, 1974, I, p. 247 ss., a p.264 ss.

21. "Les mesures d'effet equivalent au sens des articles 30 et suivants du Traite' de Rome", RTDE, 1968, p.265 ss.

22. "Zum Verbot mittelbarer Einfuhrbeschraenkungen im EWG - Vertrag", GRUR. Int., 1973, p.502 e ss., a p.507: l'Autore sottolinea in particolare l'impossibilita' di utilizzare il parametro della discriminazione in base alla "nazionalita'" del bene allorche' nel mercato di importazione o di esportazione manchi una produzione interna di beni equivalenti.

23. Cit., a p.81 ss. e a p.104: si noti tuttavia che per questi Autori ricadono direttamente sotto i divieti di cui agli artt.30 e 31, e non subiscono l'indicata limitazione valida per le misure egualmente applicabili, tutte le "trading rules" degli Stati membri, giacche' queste non possono essere considerate espressione di competenze statali ritenute.

24. Cit., a p.101 ss.

25. Cit., a p.1202 ss.

26. Cit.: l'art.2 afferma che il divieto di misure d'effetto equivalente comporta l'eliminazione "delle misure, diverse da quelle applicabili indistintamente ai prodotti nazionali ed ai prodotti importati, che ostacolano delle importazioni che potrebbero avere luogo ove tali misure non esistessero, ivi comprese quelle che rendono le importazioni piu' difficili od onerose dello smercio dei prodotti nazionali", in particolare "le misure che subordinano l'importazione o lo smercio dei prodotti importati, ad ogni stadio di commercializzazione, ad una condizione - diversa da una formalita' - richiesta per i soli prodotti importati o ad una condizione diversa o piu' difficile rispetto a quella richiesta per i prodotti nazionali"; l'art.3 impone invece l'abolizione delle misure relative alla commercializzazione dei prodotti, ancorche' applicabili indistintamente ai prodotti nazionali ed ai prodotti importati, quando i loro "effetti restrittivi sulla libera circolazione

delle merci eccedono il contesto degli effetti propri di una disciplina commerciale", cio' che avviene in particolare allorché "gli effetti restrittivi sulla libera circolazione delle merci sono sproporzionati rispetto al risultato perseguito" oppure "il medesimo obiettivo puo' essere raggiunto con altro mezzo che intralci in minor misura gli scambi". Sulla storia legislativa di tali articoli v. OLIVER, "Measures Having an Equivalent Effect" ecc., cit., a p.224.

27. "Bevat art.30 van het EEG -Verdrag slechts een non-discriminatie-beginsel ten aanzien van invoerbependingen?", SEW, 1967, p. 632 ss., e "Zum Verhaeltnis zwischen Artikel 30 und Artikel 85 EWG -Vertrag", in GUTZLER, HERION, KAISER (Hrsg.), Wettbewerb im Wandel. Eberhard Guenther zum 65. Geburtstag, 1976, p.373 ss., a p.379.

28. In MEGRET, LOUIS, VIGNES, WAELBROECK, Le droit de la Communauté Economique Européenne, 1973, I, p. 100 ss., a p.101 ss.

29. Free Movement of Goods in the EEC, 1982, a p.125:

30. 120/78, Raccolta 1979, p.649, in particolare al cpv.8 ove si afferma che "in mancanza di una normativa comune in materia di produzione e di commercio dell'alcool . . . spetta agli Stati membri disciplinare, ciascuno nel suo territorio, tutto cio' che riguarda la produzione e il commercio dell'alcool e delle bevande alcoliche; gli ostacoli derivanti dalle disparita' delle legislazioni nazionali relative al commercio dei prodotti . . . 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 pubblica, alla lealta' dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori".

31. Gli Autori da ultimo ricordati, ad esempio, difendono la propria tesi argomentando, fra l'altro: 1) che l'art.30 non parla espressamente di "discriminazione"; 2) che le norme del Trattato relative alle altre liberta' fondamentali di circolazione distinguono fra abolizione di discriminazioni fondate sulla nazionalita' ed abolizione di restrizioni tout court, cio' che invece non accade nell'art.30; 3) che l'eccezione posta dall'art.36 copre anche misure egualmente applicabili, cio' che non sarebbe necessario qualora queste andassero considerate in se' legittime; 4) che dal combinato disposto del primo e secondo

comma dell'art.37 si desume inequivocabilmente che gli artt.30 e 34, rispetto ai quali l'art.37 si pone come lex specialis, colpiscono anche misure restrittive degli scambi ma non discriminatorie in ragione della origine o della destinazione dei beni.

32. Come infatti osserva correttamente l'Avv. Gen. Capotorti in Cassis de Dijon, cit., Raccolta 1979, a p. 670 s. (enfasi aggiunta) se "senza dubbio la disparita' delle norme sulla commercializzazione dei prodotti puo' falsare le condizioni di concorrenza sul mercato comune" richiedendo quindi interventi ex art.100 e ss., nondimeno "resta pur sempre da verificare se una delle regolamentazioni statali in materia non contenga misure di effetto equivalente a restrizioni quantitative all'importazione, colpite come tali dal divieto dell'art.30" (ma v. anche quanto sostenuto dall'Avv. Gen. Trabucchi in Dassonville, cit., Raccolta 1974, a p. 857 s.). E cioe', una volta posto il principio per cui l'esercizio da parte degli Stati membri di poteri non trasferiti alle Comunita' deve avvenire comunque nel rispetto delle finalita' da queste perseguite (su cui v. supra, sub IV.2.), la previsione nel Trattato di un'apposita procedura per il superamento delle distorsioni della concorrenza derivanti dal "frazionamento normativo" del mercato comune varra' soltanto in riferimento a disposizioni che, di per se', nel loro contenuto obbiettivo, non confliggano con il diritto comunitario, restando altrimenti aperta, per lo meno in linea teorica, la possibilita' di una loro sanzione giudiziale diretta.

33. Cfr. p.e. le pronuncie Gilli, cit., e Kelderman, 130/80, Raccolta 1981, p.527.

34. 15/79, Raccolta 1979, p.3409, in particolare al cpv.7.

35. Col dire che l'art.34 "riguarda i provvedimenti nazionali che hanno per oggetto o per effetto di restringere specificamente le correnti di esportazione e di costituire in tal modo una differenza di trattamento fra il commercio interno di uno Stato membro ed il suo commercio di esportazione" la Corte, come mostrano le parole da noi enfatizzate, sembrerebbe ammettere la configurabilita' di una discriminazione a danno delle esportazioni anche in base al solo accertamento di un effetto restrittivo: in realta' subito dopo la Corte aggiunge che cio' e' da escludere nel caso di una misura "che si applica oggettivamente" senza distinzioni rispetto alla destinazione delle merci, indicando cosi' come debba darsi rilievo soltanto all'ambito di applicazione della norma e non pure all'effetto di

ostacolo agli scambi che da questa puo' eventualmente derivare anche in caso di una sua pari applicabilita'.

36. Come dimostrano le conclusioni dell'Avv. Gen. Capotorti, ibid., Raccolta 1979, a p. 3418, il quale, appunto applicando i principi di Cassis de Dijon, ed in contrasto con la Corte, sostiene l'incompatibilita' della misura in esame sia con l'art.34 che con l'art.30, e cio' perche' una cosi' forte limitazione sulla possibilita' di produrre salumi contenenti carni equine, anche se "egualmente applicabile", impedisce comunque sia che notevoli quantita' di quei prodotti vengano esportate, sia che altrettanto notevoli quantita' di tale carne siano oggetto di importazione. Tesi simili sono svolte dalla Commissione, ibid., a p. 3413.

37. Un tentativo di ridimensionamento in tal senso del valore di precedente di Groenveld e' fatto dall'Avv.Gen Capotorti nel successivo caso Oebel, 155/80, Raccolta 1981, p.1993, in particolare a p.2012 ss. Ricordato come tale sentenza contrasti con l'indirizzo "assolutamente prevalente" nella giurisprudenza sin dal caso Dassonville, l'Avvocato Generale rileva l'opportunita' di non ampliare l'ambito di operativita' delle tesi ivi sostenute al di fuori delle specifiche caratteristiche di quel caso: in Groenveld, infatti, era entrata in gioco solo l'interpretazione dell'art. 34, in rapporto a misure restrittive concernenti il solo livello della produzione, ed aventi effetti solo secondari sulle importazioni. Come si dira', la Corte tuttavia non segue, almeno apparentemente, il consiglio dell'Avv. Gen. Capotorti.

38. Corifeo dell'emergente self-restraint giudiziale in materia sembra essere l'Avv. Gen. Reischl il quale, nelle sue conclusioni al successivo caso Blesgen, 75/81, Raccolta 1982, p.1211, a p.1233 ss., sostiene che gli artt.30 e 34 non colpirebbero misure restrittive degli scambi tout court, ma soltanto misure restrittive caratterizzate da un intento o da un effetto protezionistico, e cioe' fonte di una discriminazione fra prodotti destinati al mercato interno e prodotti destinati alla circolazione intracomunitaria. Questo inequivocabile ribaltamento della precedente giurisprudenza viene sostenuto con argomentazioni esegetiche (per l'art.30 sono vietate "fra gli Stati membri" solo "le restrizioni quantitative all'importazione", il che vorrebbe dire che la norma considera solo misure che "ostacolano il traffico di confine delle merci"; l'art.30, peraltro, come tutte le altre disposizioni del Trattato sancenti le fondamentali liberta' di diritto comunitario, costituirebbe "una specifica espressione di un divieto generale

di discriminazione"), attraverso un richiamo all'ormai desueto art.3 della dir.70/50 (cit. supra alla nota 26: nell'interpretazione datane dall'Avvocato Generale questa norma indicherebbe l'illegittimità delle sole misure egualmente applicabili nei fatti discriminanti fra prodotti importati e prodotti nazionali), e per mezzo di una "somewhat personal interpretation of the case law" (così l'OLIVER, peraltro Agente della Commissione nella trattazione della causa Blesgen, in Free movement ecc., cit., a p.245) che cercherebbe di dimostrare la coerenza di questa posizione non solo con Groenveld ed Oebel, ma anche con Cassis de Dijon e la sua progenie.

39. Cit., Raccolta 1981, p.1993, in particolare ai cpv.15-16. Nel valutare una normativa nazionale egualmente applicabile che, ai fini di salvaguardia della salute dei lavoratori, proibiva prima di una determinata ora del mattino la produzione e la commercializzazione di prodotti di panetteria, la Corte, nonostante il diverso avviso dell'Avv. Gen. Capotorti (v. supra, nota 37), richiama espressamente i principi di Groenveld per negare nella fattispecie l'esistenza di una violazione dell'art.34, ed anzi sembra applicare tale dottrina anche all'interpretazione dell'art.30. (La posizione della Corte sul punto è in realtà poco chiara. Rispetto a restrizioni alla distribuzione dei prodotti di panetteria che colpirebbero eventualmente anche beni importati, la Corte sembra risolvere in punto di fatto la questione della loro legittimità, affermando che poiché le disposizioni riguardano solo la consegna ai consumatori ed ai dettaglianti, e non anche a depositari ed intermediari, il loro effetto non è di limitare le importazioni in modo assoluto. Tuttavia, subito dopo, la Corte aggiunge come "unica riserva" che la consegna ai consumatori ed ai dettaglianti "sia limitata allo stesso modo per tutti i produttori, indipendentemente dal luogo in cui essi esercitano la loro attività", ed afferma che "a tali condizioni" una siffatta normativa non è in contrasto con l'art.30. Ora, se limitazioni nei confronti dei soli dettaglianti e consumatori di per se' non producono effetti restrittivi, a rigor di logica esse non dovrebbero rientrare nel campo di applicazione delle norme sulla libera circolazione delle merci: perché porre allora la condizione di non discriminatorietà su indicata? L'unica spiegazione sembra allora essere che in realtà qui la Corte stia riferendosi, rispetto all'art.30, ai principi di Groenveld). Può essere interessante notare un certo paradosso emergente dal confronto fra le tesi della Corte e quelle dell'Avvocato Generale, e che si spiega appunto come conseguenza del diverso approccio seguito: mentre infatti per l'Avvocato Generale le misure in esame non dovrebbero applicarsi alle importazioni meno che ciò non risulti indispensabile per la tutela di un interesse statale ammesso in deroga ai principi, per la Corte

vale invece l'opposto, nel senso che condizione per la compatibilita' di tali misure con il diritto comunitario e' che esse si applichino indistintamente rispetto alla destinazione del bene.

40. Ai cpv. 12-13, infatti, la Corte si premura di sottolineare (cio' che, utilizzando i principi di Groenveld, sarebbe stato superfluo) che il divieto di lavorare prima di una certa ora antimeridiana costituisce "una legittima scelta di politica economica e sociale, conforme agli obbiettivi di interesse generale perseguiti dal Trattato", mentre, nell'affermare la non contrarieta' all'art.34, rileva (cpv.16 : il corsivo e' nostro) come tale normativa "rientra nella politica economica e sociale e si applica, in funzione di criteri obbiettivi, a tutte le imprese". Cio' vuol dire che, qualora mancasse un interesse generale come quello individuato (una "esigenza imperativa", dunque), pur in assenza di un trattamento differenziato in ragione della origine o della destinazione del bene, la misura andrebbe comunque censurata: che e' appunto esattamente il modello di scrutinio utilizzato in Cassis de Dijon.

41. Cit., Raccolta 1982, p.1211. Nel valutare alcuni divieti, egualmente applicabili, di consumo, vendita, offerta o detenzione in luoghi aperti al pubblico di bevande alcoliche superiori ad una certa gradazione, la Corte, in contrasto con Commissione e Governo britannico (ibid, rispettivamente a p.1214 ss. e a p.1220) che, applicando i principi tradizionali, concludono per l'incompatibilita' di tali misure con il diritto comunitario, ritiene invece, seguendo l'Avvocato Generale (cit. supra alla nota 38), che nel caso di specie non si abbia alcuna violazione dell'art.30. Anche qui, tuttavia, le motivazioni della decisione risultano tutt'altro che chiare. Nei cpv.8-9, infatti, richiamato l'art.3 della dir.70/50 e la illegittimita' ivi stabilita di provvedimenti egualmente applicabili che eccedono gli effetti propri di una normativa commerciale, la Corte afferma che "cio' non vale" per una misura come quella in esame che riguarda soltanto alcune forme di smercio dei prodotti, e che si applica senza distinzioni basate sulla natura o sulla provenienza delle merci: una tale misura, si dice, non ha infatti "alcun rapporto con l'importazione dei prodotti e, pertanto, non e' atta ad ostacolare il commercio fra gli Stati membri". Ora, di queste statuizioni ci sembrano possibili due diverse letture. La congiuntiva "cio' non vale" puo' significare infatti che l'art.3 trova applicazione nella fattispecie, ma che il controllo di legittimita' in base ad esso ha esito positivo poiche' non e' "eccessiva" una disciplina che lascia aperti determinati canali di commercializzazione vietandone altri; "cio' non vale" puo'

pero' voler dire anche che l'art.3 non viene applicato per l'assenza tout court, date le ricordate caratteristiche della disciplina, di effetti restrittivi sul commercio. In entrambi i casi e' evidente che la Corte non sta utilizzando i principi espressi in Groenveld, poiche' non si limita alla verifica del mero dato della esistenza o meno di una discriminazione in ragione della origine o destinazione dei beni, ma, secondo l'approccio tradizionale, considera in primo luogo l'esistenza o meno di ostacoli all'interscambio comunitario. Semmai il self-restraint si manifesta attraverso la reviviscenza dell'art.3 della dir.70/50 che, a differenza della dottrina Cassis de Dijon, consente un controllo solo sulla "razionalita'" della misura egualmente applicabile e non anche sulla "ragionevolezza", o liceita' in deroga, del fine da questa perseguito.

42. 53/80, Raccolta 1981, p.409. Nell'esame di una normativa egualmente applicabile contenente divieti di produzione di generi alimentari attraverso l'aggiunta di conservanti, - la Corte (precisamente, la I Sezione di questa), nonostante un espresso richiamo da parte del Governo tedesco interveniente ai principi di Groenveld (ibid., a p.416), utilizza il tradizionale approccio rilevando come, per effetto delle disparita' normative esistenti fra gli Stati membri in materia, il divieto pregiudica le importazioni e percio' configura senz'altro una misura di effetto equivalente a una restrizione quantitativa, legittimabile semmai in via di deroga ex art.36 in quanto assunta per motivi di "tutela della salute delle persone" (cfr. i cpv.11-12).

43. V. anche le conclusioni dell'Avv. Gen. Capotorti in Oebel, cit., Raccolta 1981, a p.2019, allorche' si sottolinea come "la concezione finora seguita dalla Corte in tema di misure d'effetto equivalente a restrizioni quantitative" presenta "i vantaggi della chiarezza e della funzionalita'" e, con l'ammettere solo a titolo derogatorio gli ostacoli derivanti dalle disparita' di normative nazionali incidenti sulla produzione e sul commercio dei beni, "vale implicitamente a mettere in risalto la necessita' di portare avanti il processo di armonizzazione delle legislazioni nazionali".

44. Naturalmente, una semplificazione del problema si avrebbe qualora, superandosi un equivoco ricorrente e gia' criticato (supra, sub note 4-10 e testo relativo), l'accertamento di effetti restrittivi sulle importazioni ed esportazioni non venisse ritenuto di per se' sufficiente a configurare l'esistenza di una classificazione normativa in violazione degli artt.30 e 34: una piu' articolata analisi della "ragionevolezza" o "razionalita'" delle misure sottoposte a scrutinio rispetto alla

nozione materiale di eguaglianza comunitaria ed ai valori di giustizia distributiva ivi tutelati, consentirebbe infatti di considerare all'origine legittime, senza la necessita' di una giustificazione in via di deroga, una buona parte dei provvedimenti statali sottoposti allo scrutinio della Corte.

45. E' chiaro che qualora la pari applicabilita' fosse solo apparente, ci si troverebbe di fronte ad una "discriminazione occulta" ed il problema in esame non si porrebbe affatto avendosi in realta', al di la' cioe' della lettera della norma, una misura "diversamente applicabile".

46. Su tali concetti v. le definizioni fornite supra, sub III.3.

47. Sul "frazionamento normativo" del mercato comune come profilo tipico di discriminatorieta' v. piu' ampiamente infra, sub V.1.3.

48. Anche qui si rinvia a quanto piu' in la' osservato a proposito del profilo tipico delle disparita' di trattamento fra operatori economici: v. infra, sub V.1.2.

49. Così, lo scrutinio e l'eventuale sanzione di una misura attinente alla libera circolazione delle merci "egualmente applicabile" saranno influenzati dal tipo di (ulteriore) disparita' di trattamento in cui essa eventualmente si traduce, e dalla incidenza che presumibilmente questa puo' avere sul conseguimento degli obbiettivi di giustizia distributiva propri dell'ordinamento: per esemplificare, la censura degli effetti restrittivi sull'interscambio derivanti dal "frazionamento normativo" del mercato potra' risultare piu' facile allorché il provvedimento impugnato cumula in se' altri profili tipici di discriminatorieta', in ipotesi perche' incidendo solo sui costi del bene importato garantisce al bene interno una ingiustificabile rendita di posizione, oppure perche' per il suo stesso contenuto dispositivo rappresenta un ostacolo "irrazionale" in termini di teoria economica allo svolgersi del gioco liberoconcorrenziale.

50. Che rappresenti "la" discriminazione comunitaria per eccellenza e' sostenuto, ad esempio, da VAN HECKE, "La notion de discrimination", in Les aspects juridiques du marche' commun, 1958, p.127 ss., a p.128, e WOHLFARTH, in WOHLFARTH, EVERLING,

GLAESNER, SPRUNG, Die Europaeische Wirtschaftsgemeinschaft -  
Kommentar zum Vertrag, 1960, p. 15 ss., a p. 15.

51. Così recita il Preambolo del Trattato di Roma.

52. Ad esempio, misure restrittive delle importazioni volte a proteggere prodotti interni meno competitivi, ma anche provvedimenti attributivi ai soli lavoratori cittadini, e non anche ai lavoratori immigrati da altri Stati membri, di particolari vantaggi (che anche in questa ipotesi possa parlarsi, sia pure in senso atecnico, di "protezionismo" e' sostenuto dalla SUNDBERG-WEITMAN, Discrimination on Grounds of Nationality - Free Movement of Workers and Freedom of Establishment under the EEC Treaty, 1977, a p. 9 s.).

53. Ad esempio, barriere alla mobilita' delle merci o delle persone derivanti dalla persistenza di controlli alla frontiera nazionali.

54. Questo profilo assumerebbe autonomo rilievo qualora si ritenesse che nell'ordinamento comunitario il valore dell'eguaglianza come pari dignita' umana e' garantito in quanto tale, indipendentemente cioe' dal fatto che la sua lesione incida negativamente sui concreti obbiettivi del processo integrativo (v., come esempio, quanto osservato piu' in la' a proposito del riconoscimento ai migranti comunitari di "diritti sociali", infra, sub V.2.6., alle note 316-321 e testo relativo).

55. O anche al sistema comunitario in quanto tale: per questa particolare interpretazione del principio v. il caso Ferwerda, 256/78, Raccolta 1980, p.617, in cui, posta la necessita', in assenza di una normativa comune, che la gestione delle finanze comunitarie attribuita agli Stati membri avvenga in base al loro diritto interno, la Corte afferma (cpv.12) che questo deve tuttavia essere applicato in modo non discriminatorio rispetto alla disciplina di situazioni interne dello stesso genere; il che significa che il divieto di discriminazioni in base alla nazionalita' garantisce da trattamenti ingiustificatamente differenziati anche fattispecie aventi "nazionalita'" (in senso ovviamente atecnico) comunitaria.

56. Come si e' gia' detto (supra, sub II.1.1., nota 1), non condividiamo la tesi secondo cui non esisterebbe alcun collegamento fra gli imperativi di tale disciplina, in

particolare degli artt.30 e 34, ed il principio fondamentale di cui all'art.7.

57. Cfr. ad esempio le tesi sostenute dal Governo belga nel caso Dassonville, cit., Raccolta 1974, a p.845, allorché nega che determinate restrizioni di importazioni indirette siano discriminatorie, e perciò lesive dell'art.30, argomentando dal fatto che esse risultano operanti nei confronti sia di importatori belgi che di importatori stranieri.

58. 115/78, Raccolta 1979, p.399.

59. Ma non necessariamente: il diritto comunitario può infatti vietare anche discriminazioni fra fattispecie entrambe "straniere" (ad esempio, provvedimenti che sfavoriscano determinati "canali" di importazione a vantaggio di altri: cfr. i casi Dassonville, cit., e De Peijper, cit.), ed in tal caso, ovviamente, non avrà senso parlare di "trattamento nazionale".

60. V. in tal senso, in relazione al contenuto del divieto di cui all'art.7, ma genericamente, senza cioè individuare le diverse accezioni in cui il termine può essere inteso, SUNDBERG-WEITMAN, Discrimination on Grounds of Nationality ecc., cit., a p.54 s., VAN HECKE, "La notion" ecc., cit., a p. 128 ss., STEINDORFF, Der Gleichheitssatz ecc., cit., a p.5, WYBO, Discrimination et Marche' Commun, 1966, a p.104.

61. O con la comunità "sovranazionale": v. supra, nota 55.

62. Supra, sub V.1.

63. Naturalmente sarebbe anche possibile un'interpretazione diversa, e in un certo senso più semplice, qualora si ritenesse che tali situazioni giuridiche siano riconosciute dal legislatore comunitario poiché indispensabili per un effettivo esercizio della libertà di circolazione; come si dirà più oltre, tuttavia, la prevalente giurisprudenza tende invece a risolvere tale obiettivo fondamentale appunto nella attuazione della parità di trattamento in base alla nazionalità, ciò che rende maggiormente plausibile la tesi proposta nel testo.

64. L'espressione, come si diceva alla nota 2, e' del PANEBIANCO.

65. Secondo l'interpretazione estensiva dell'art. 1 del reg. 1612/68 (G.U.C.E., L 257, 1968, p.2 ss.) data dalla Corte in Royer, 48/75, Raccolta 1976, p.497, cpv. 31 (ma v. anche l'art.69 del reg.1408/71, G.U.C.E., L 149, 1971, p.2 ss.).

66. Sul diritto di accesso del lavoratore migrante ai posti amministrativi o direttivi di organizzazioni sindacali, introdotto con il reg.312/76 che ha sciolto la riserva contenuta nel reg.1612/68, v. EVANS, "Developments of European Community Law Regarding the Trade Union and Related Rights of Migrant Workers", ICLQ, 1979, p.354 ss.

67. Per una completa ricostruzione dello status giuridico comunitario del lavoratore migrante v., oltre al lavoro del PANEBIANCO citato alla nota 2, SUNDBERG-WEITMAN, op. ult. cit., a p.148 ss. e NASCIMBENE, Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo, 1984, p.329 ss. e p.413 ss., cui si rinvia per l'individuazione delle fonti dei diritti richiamati.

68. Cfr. gli artt. 1 e 3 del reg. 1612/68. Secondo il PANEBIANCO, Lo Statuto dei lavoratori italiani all'estero, 1974, a p.279, cio' configurerebbe una sorta di "diritto comunitario al lavoro" che andrebbe considerato come la piu' rilevante innovazione rispetto alla disciplina consueta nei trattati di diritto internazionale dell'emigrazione.

69. In tal modo ci sembra vada impostato il particolare problema del rapporto fra obbligo della parita' di trattamento dei lavoratori subordinati nelle condizioni di lavoro ed applicazione alle relative fattispecie da parte dello Stato membro delle proprie norme ordinarie sui conflitti di leggi ( su tale questione v. SUNDBERG-WEITMAN, op. ult. cit., a p.157 ss., AUDINET "Contrat de travail et liberte' de circulation des personnes et de services dans la CEE", DS, 1965, p.234 ss., DROBNIG, "L'apport du droit communautaire au droit international prive'", CDE, 1970, p. 526 ss., MAESTRIPIERI, La libre circulation des personnes et de services dans la CEE, 1972, a p.32, PANEBIANCO, Lo Statuto ecc., cit., a p. 280): e cioe', il principio del trattamento nazionale non comportera' necessariamente, nelle ipotesi non controllate da norme comuni, l'incondizionata applicazione al lavoratore straniero della legge

nazionale, ma soltanto una verifica, da svolgere in relazione alle caratteristiche di ciascuna particolare fattispecie, della compatibilita' o meno con gli obbiettivi di giustizia distributiva perseguiti dall'ordinamento del ricorso ad una legislazione diversa da quella nazionale. Insomma, anche rispetto a questo profilo particolare, il giudizio di eguaglianza servira' a "filtrare" le ipotesi in cui il trattamento differenziato e' discriminatorio da quelle in cui invece esso, non essendo espressione di "irragionevolezza" o "irrazionalita'" nella allocazione di vantaggi e svantaggi, e' da ritenere lecito.

70. Cit., Raccolta 1976, ai cpv.41/42 ("il diritto comunitario non vieta agli Stati membri di reprimere la violazione delle disposizioni nazionali relative al controllo degli stranieri con opportune sanzioni - diverse dall'espulsione - atte a garantire l'osservanza delle disposizioni stesse").

71. 118/75, Raccolta 1976, p.1185, in particolare al cpv.17, cui si riferisce la citazione riportata nel testo e nel quale la Corte richiama a conferma della propria posizione alcune disposizioni di diritto comunitario derivato (l'art.8,2 della dir.68/360 e l'art.4,2 della dir.73/148) che appunto autorizzano gli Stati membri a prescrivere ai cittadini degli altri Stati membri l'obbligo di denunciare la loro presenza alle autorita' dello Stato in cui si trovano.

72. 8/77, Raccolta 1977, p.1495, in particolare ai cpv.4-5 e 11-13.

73. 36/74, Raccolta 1974, p.1405, in particolare ai cpv.7/8.

74. 13/76, Raccolta 1976, p.1333, al cpv.19.

75. Cfr. in tal senso l'Avv. Gen. Trabucchi in Dona', cit., ibid., a p.1344.

76. 16/78, Raccolta 1978, p.2297, ai cpv.6-9.

77. 41/76, Raccolta 1976, p.1921, in particolare ai cpv.30/32-42.

78. Ibid., a p.1941, ove si afferma che "considerare come contraria all'art.30 del Trattato qualsiasi misura che abbia un effetto restrittivo sugli scambi intracomunitari, o li rende piu' difficili e gravosi, significherebbe sottovalutare l'importanza che hanno lo scopo delle singole misure e la proporzione tra gli effetti restrittivi e lo scopo".

79. In alcuni casi e' lo stesso legislatore comunitario ad affermare la non discriminatorieta' dell'interesse sottostante una data disparita' di trattamento: v., p.e., l'art.3 del reg.1612/68 che esclude l'incompatibilita' col divieto di cui all'art.48,2 di disposizioni che subordinano l'assunzione a "conoscenze linguistiche richieste in relazione alla natura dell'impiego" (sul rischio che un'interpretazione estensiva di questo principio possa condurre a forme di discriminazione occulta v. tuttavia GAJA, "Lavoro (diritto internazionale pubblico)", Enc. dir., XXIII, 1973, p.620 ss., a p.633; per una diversa considerazione dei problemi originati dalla diversita' di lingua madre del migrante v. quanto osservato fra poco, alla nota 83 e testo relativo).

80. Infra, sub VI.1.3.

81. Questo approccio, suggerito dall'Avv. Gen.Mayras in Royer (cit., Raccolta 1976, a p.523, ove si afferma che le sanzioni previste per l'inosservanza delle norme sulla polizia degli stranieri "non dovrebbero essere piu' gravi di quelle comminate ai cittadini dello Stato interessato che non rispettino le formalita' amministrative connesse ad un cambio di residenza"), e' utilizzato dalla Corte solo in Watson allorché, al cpv.21, nel valutare le sanzioni previste per l'inadempimento da parte degli stranieri di un obbligo di notifica della loro presenza sul territorio nazionale, pone come condizione per la loro legittimita' il fatto che esse siano "della stessa gravita' di quelle previste per equivalenti infrazioni del diritto interno"; in Sagulo, invece, nonostante il diverso avviso di Commissione e Avvocato Generale (ibid., rispettivamente a p.1500 s. e 1513), ai cpv.11-12 nega che stranieri e cittadini si trovino in situazioni simili per quanto riguarda la certificazione della loro identita', e ritiene dunque irrilevante che per l'inosservanza della relativa disciplina la legislazione statale preveda sanzioni penali solo per i primi, riservando invece ai cittadini soltanto sanzioni di tipo amministrativo.

82. Come si e' gia' detto, in queste ipotesi si ammette l'esistenza di un qualche elemento di diversita' fra fattispecie

"interne" e fattispecie "estere" che ne consente un trattamento differenziato.

83. Cit., Raccolta 1978, al cpv. 8. V. anche le osservazioni sul punto dell'Avv. Gen. Reischl, ibid., a p.2309.

84. Che poi questa applicazione della seconda parte della nozione "aristotelica" di eguaglianza ("trattamento diverso del diverso") finirebbe spesso per tradursi nell'affermazione giurisprudenziale di obblighi di facere normativi, e che la Corte possa esitare, per ragioni di self-restraint, a muoversi in questa direzione, e' un altro discorso, su cui v. supra, sub II.2., e infra, sub VII.3.

85. Come si diceva, questo controllo sulla "razionalita'" della parita' di trattamento di fattispecie diverse potra' svolgersi utilizzando come tertium comparationis sia gli interessi perseguiti dall'ente normatore, dei quali si sia gia' verificata la "ragionevolezza", o la legittimita' in deroga, sia l'interesse comunitario cui tali interessi siano eventualmente subordinati.

86. 27/80, Raccolta 1980, p.3839. Il caso si riferiva ad una norma statale che condizionava la commercializzazione di determinate bevande alcoliche all'uso di una certa denominazione. La Corte ritiene tale disposizione in contrasto con il diritto comunitario per l'assenza di interessi superiori dello Stato membro che, in deroga, consentano di legittimare gli effetti restrittivi da essa prodotti, ma e' evidente che, appunto nell'accertamento della illiceita' di tali effetti, essa segue sia pure implicitamente un ragionamento simile a quello indicato nel testo, rilevando l'irrazionalita', rispetto all'interesse comunitario al mantenimento delle originarie condizioni di competitivita' relativa fra prodotti interni e importazioni, del loro trattamento indifferenziato realizzato nella fattispecie.

87. INNO, 13/77, Raccolta 1977, p.2115, ove sono ripresi principi gia' formulati nelle precedenti sentenze Tasca, 65/75. Raccolta 1976, p.291, e SADAM, 88-90/75, Raccolta 1976, p.323.

88. Van Tiggele, 82/77, Raccolta 1978, p.25.

89. Danis, 16-20/79, Raccolta 1979, p.3327.

90. Cfr. i cpv.13-14 di Van Tiggele (da cui e' tratta la citazione), 13 di Tasca, 15 di SADAM, 45-56 di INNO, 5-7 di Danis.

91. Avv.Gen. Capotorti, conclusioni nel caso Van Tiggele, cit., Raccolta 1978, a p.50 s.

92. Naturalmente l'applicazione pratica di tale dottrina sara' tutt'altro che facile, comportando un'analisi comparativa di strutture dei costi e di posizioni di mercato di evidente complessita': considerato che il costo finale di un prodotto oggetto di importazione e' funzione anche di variabili esterne (come gli effetti delle fluttuazioni dei corsi valutari) potra' ad esempio accadere che una stessa disciplina in materia di prezzi amministrati, incidendo o meno sulla competitivita' relativa di tale prodotto rispetto al prodotto concorrente a seconda del corso giornaliero, possa risultare volta a volta lecita o illecita (v. sul punto le osservazioni di OLIVER, Free movement ecc., cit., a p.117 ove e' richiamato MESTMAECKER, Vereinbarkeit von Preisregelungen auf dem Arzneimittelmarkt mit dem Recht der Europaeischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1980, a p.53).

93. Che sia questo il profilo di discriminatorieta' sanzionato dalla Corte risulta palese, oltre che dalla formula riportata nel testo (ove si parla di svantaggio delle importazioni rispetto ai prodotti importati), anche da altri passi della sentenza citata: al cpv.16 (il corsivo e' nostro) di Van Tiggele, ad esempio, si esclude che costituisca una misura di effetto equivalente vietata dall'art.30 una norma nazionale che vieta indistintamente la vendita al dettaglio a prezzi inferiori al prezzo d'acquisto pagato al dettagliante e questo appunto perche' "non puo' produrre effetti negativi sullo smercio dei soli prodotti importati"; oppure al cpv.7 di Danis, nel valutare un regime di "congelamento" dei prezzi indistintamente applicabile, si afferma che esso configurerà una restrizione illecita in particolare qualora non consentendo di modificare rapidamente i prezzi di vendita in funzione del rincaro dei prodotti importati blocca i prezzi a livelli talmente bassi da far si' che le importazioni possano avvenire solo in perdita o che venga comunque data preferenza ai prodotti nazionali. Cio' non significa, tuttavia, come invece si e' talora ritenuto (v. le conclusioni dell'Avv. Gen. Reischl in Blesgen, cit. supra alla nota 38 e testo relativo) che "misure egualmente applicabili" possano essere invalidate solo in presenza di un effetto protezionistico: come si dira' piu' oltre (infra, sub V.1.2.) una lettura attenta di altre sentenze mostra che la Corte ritiene di

poter sanzionare in materia anche altri profili di discriminatorietà (in particolare, lesioni dell'equilibrio concorrenziale derivanti da ingiustificate disparità di trattamento degli operatori economici), profili che potrebbero anche essere fatti valere nel controllo di legittimità comunitaria di provvedimenti statali di amministrazione dei prezzi (p.e., che la fissazione di un prezzo minimo talmente basso da escludere la convenienza dello smercio di determinati prodotti dovrebbe considerarsi in contrasto con l'art.30 anche qualora incidesse negativamente in pari misura su prodotti importati e prodotti interni e' sostenuto da MESTMAECKER, Vereinbarkeit ecc., cit., a p.52 s.).

94. L'equivoco, ricorrente, nasce da due errate "semplificazioni": da un lato, dalla generalizzazione di ciò che accade nella maggior parte dei casi, e cioè dal fatto che il principio del trattamento nazionale venga affermato solo a garanzia delle fattispecie "straniere", nel presupposto della improbabilità, o comunque della irrilevanza per l'ordinamento, di discriminazioni da parte dello Stato membro a danno di situazioni "interne"; dall'altro, dal confondere il significato logico del principio (che senz'altro implica per definizione l'identità di trattamento di entrambe le fattispecie poste a confronto) con gli effetti del suo riconoscimento normativo, e in particolare con la possibilità di una "graduazione" di tali effetti attraverso il ricorso a distinte categorie proprie della tecnica giuridica (appunto, l'"obbligo", la "facoltà", l'"onere", ecc.).

95. Ovviamente una certa allocazione di oneri e benefici potrà risultare comunitariamente illecita indipendentemente dall'esistenza o meno di una classificazione in base alla nazionalità, qualora il principio del trattamento nazionale non trovi applicazione e la valutazione dell'atto o comportamento normativo avvenga in riferimento ad altri, prevalenti, profili di discriminatorietà'.

96. DRUESNE, "Remarques sur le champ d'application personnel du droit communautaire: des 'discriminations a rebours' peuvent-elles tenir echec a la liberte' de circulation des personnes ?", RTDE, 1979, p.429 ss; MORTELMANS, "La discrimination a rebours et le droit communautaire", DCSI, 1980, p.1 ss. (già comparso come "Omgekeerde discriminatie en het Gemeenschapsrecht", SEW, 1979, p.654 ss.); KON, "Aspects of Reverse Discriminations in Community Law", ELR, 1981, p.75 ss.; REITMAIER, Inlaendersdiskriminierungen nach dem EWG-Vertrag, 1984. La dottrina più antica si era occupata invece, sia pure soltanto incidentalmente e senza

particolari elaborazioni, della connessa questione della sanzionabilita' ex art.7 di trattamenti piu' favorevoli di stranieri a danno dei cittadini: a favore dell'applicabilita' del divieto di discriminazioni seconda la nazionalita' a tali fattispecie si erano pronunciati WOHLFARTH, op. cit., a p. 17, BODE, Die Diskriminierungsverbote im EWG -Vertrag, 1968, a p.300 ss., EHLE, Klage -und Prozessrecht des EWG -Vertrag, 1966, Art.7, p.2, SUNDBERG-WEITMAN, Discriminations on Grounds ecc., cit., a p.113 ss. (su cui v. piu' ampiamente infra, alla nota 99); contra, per lo piu' in base alla argomentazione che tali differenziazioni risulterebbero irrilevanti rispetto al conseguimento degli obbiettivi del Trattato VIGNES, in MEGRET, LOUIS, VIGNES, WAELEBROECK, op. cit., p. 23 ss., a p. 24, HUTH, Die Sonderstellung der oeffentlichen Hand in der Europaeischen Gemeinschaft, 1965, a p.297, HOCHBAUM, Das Diskriminierungs -und Subventionsverbot in der EGKS und EWG, 1962, p.160 ss.

97. L'espressione e' di MORTELMANS, op. cit., a p.7, per il quale "ce n'est que lorsq'un certain degre' d'integration est atteint sur la base d'un principe de non-discrimination effectivement applique' qui apparaissent des cas d'espece impliquant un traitement plus defavorable des ressortissants d'un Etat-membre par rapport aux etrangers": dunque i diversi "ritmi" della integrazione comunitaria non soltanto rileverebbero per quel che riguarda la sanzionabilita' delle discriminazioni a rovescio, ma sarebbero in un certo senso all'origine della loro stessa esistenza.

98. L'espressione e' della HOCHBAUM, op. ult. cit., a p.160 ss.

99. Così' NASCIMBENE, Il trattamento dello straniero ecc., cit., a p.409 ss., il quale, richiamando anche altri Autori pure concordi sulla contrarieta' all'art.7 di discriminazioni praticate da uno Stato membro a danno di propri cittadini (oltre ad alcuni degli interventi da noi citati alla nota 96, RASTRELLI, "Principio di non discriminazione e principio di uguaglianza nel Trattato CEE", DCSI, 1979, p.90 ss.), argomenta la sanzionabilita' di discriminazioni all'inverso ex artt.7, 48, 52 e 59 in considerazione sia di quello che e' l'obbiettivo ultimo della libera circolazione delle persone, "la creazione di un unico e grande mercato in cui qualunque cittadino di qualsiasi Stato membro possa esercitare la propria attivita' economica", sia della necessita' di evitare incoerenze nell'interpretazione del diritto comunitario, quali si avrebbero se ad esempio si consentisse che un cittadino che si sia avvalso delle possibilita' offerte dalla liberalizzazione, circolando da un

paese all'altro della Comunita', venisse ostacolato dal proprio Stato di cittadinanza nel rientro nella madrepatria ai fini dell'esercizio di un'attivita' lavorativa. Posizioni simili erano gia' state espresse (in riferimento all'art.7 in generale, e non soltanto alla materia della libera circolazione delle persone) dalla SUNDBERG-WEITMAN, op.cit., a p.115, per la quale "the idea of common market necessitates the conclusion that the ban of discrimination on grounds of nationality operates to the benefit of nationals as well as aliens".

100. Supra, nota 58 e testo relativo.

101. In tal senso si pronuncia anche l'OLIVER, "Measures of Equivalent Effect" ecc., cit., a p.242, per il quale cio' risulterebbe non solo dalla lettera degli artt.30 e 34, che non parlano genericamente di flussi commerciali ma solo di importazioni ed esportazioni, ma anche e soprattutto dalla funzione di tali norme che non e' certo quella di creare un "fundamental right to sell goods commercially" ma, piu' limitatamente, quella di proibire forme di protezionismo economico.

102. Così' KON, op. ult. cit., a p. 102 ss., ove appunto la possibilita' di sanzionare "reverse discriminations" relative a prodotti agricoli sottoposti a sistemi comunitari di mercato e' richiamata a sostegno della necessita' di un concetto "dinamico" di discriminazione, collegato ai progressi, e ai regressi, del processo integrativo.

103. 71/76, Raccolta 1977, p.765.

104. Il caso e' infatti deciso in base alla considerazione che, dopo la fine del periodo transitorio, misure del tipo di quelle in esame sono direttamente proibite dall'art.52 (soprattutto, sembra dire la Corte - cfr. i cpv.13/14 - quando esse ostacolano esclusivamente, o principalmente, cittadini di un altro Stato membro, risolvendosi quindi in discriminazioni dissimulate in base alla nazionalita').

105. Cfr. le conclusioni dell'Avv. Gen.Mayras, Raccolta 1977, a p.790 ss., e le osservazioni della Commissione ibid., a p. 772 ss.

106. Così la Commissione, che osserva come "(t)ale visione restrittiva non tenga conto delle finalità generali del trattato in materia di libera circolazione delle persone".

107. Così l'Avv. Gen. Mayras definisce il passo della sentenza della Corte di Appello di Parigi (30 ottobre 1974 in causa Vaccaro), richiamato dal Governo francese a sostegno delle proprie tesi, giacché "rifiutare ad un cittadino francese - anche se naturalizzato - il diritto di stabilirsi nel paese di cui è divenuto cittadino", come appunto era stato deciso in quella pronuncia, rappresenta "una violazione patente dell'art.52, il cui scopo è quello di consentire ad ogni cittadino di qualsiasi Stato membro di svolgere la propria attività professionale in qualsiasi Stato della Comunità, e, in primo luogo, nello Stato di cui è divenuto cittadino". Per una diversa posizione dello stesso Avvocato Generale, riferita al caso in cui la discriminazione a rovescio sia il frutto di diversità fra le legislazioni in vigore negli Stati membri, v. le conclusioni nel caso Kenny, 1/78, Raccolta 1978, p.1500 ss.

108. 85/78, Raccolta 1979, a p.921 s.

109. A favore della incompatibilità con il diritto comunitario di discriminazioni alla rovescia l'Avvocato Generale richiama le tesi sostenute, rispetto all'art.52, da egli stesso nel caso Thieffry (cit. supra alla nota 105), dall'Avv. Gen. Reischl nel caso Knors (cit., Raccolta 1979, a p.413 ss.), e dall'Avv. Gen. Warner nel caso Auer I (136/78, Raccolta 1979, p.437, a p.454 ss.), rispetto all'art.37 dall'Avv. Gen. Dutheillet de Lamothe nel caso Cinzano (13/70, Raccolta 1970, p.1089, a p.1102 ss., su cui v. più ampiamente infra), rispetto all'art.95 dalla Corte nel caso Steinecke (78/76, Raccolta 1977, p.595, cpv.30, ove si afferma che tale articolo "ha . . . lo scopo di abolire le discriminazioni, dirette o indirette, riguardo ai prodotti importati, ma non di porre questi in una situazione fiscale privilegiata rispetto ai prodotti nazionali"); contra richiama invece le tesi dell'Avv. Gen. Warner in Manghera (59/75, Raccolta 1976, p.91, a p.107), anch'esso relativo all'art.37, per cui questo colpirebbe solo le discriminazioni "a danno di prodotti fabbricati o messi in commercio da cittadini di altri Stati membri".

110. Raccolta 1979, a p.905 s.

111. Specificamente: se l'art.37 impedisse anche "discriminazioni a rovescio" ne deriverebbe, per i prodotti sottoposti alla sua disciplina, un regime piu' rigido di quello previsto in generale dagli artt.30 e 34 per le merci oggetto di scambio intracomunitario; l'art.48 colpisce anche le discriminazioni a rovescio ma costituisce una eccezione, che non trova riscontro in altri articoli del Trattato, come ad esempio l'art.52; il fatto che l'art.92 facoltizzi, ma non obblighi, gli Stati membri a concedere alcuni aiuti agli operatori economici, implica indirettamente la possibilita' per questi di sottoporre i propri cittadini a trattamenti deteriori; le norme interne cui si riferisce l'art.100 possono comportare discriminazioni a rovescio ma, appunto, esse non sono vietate, ma solo sottoposte ad eliminazione attraverso la procedura di armonizzazione delle legislazioni prevista da tale articolo.

112. Raccolta 1979, p.897.

113. Ai cpv.29-31.

114. Ai cpv.32-33 si sostiene che l' "art.95, benché vieti a ciascuno Stato membro di applicare ai prodotti degli altri Stati membri tributi superiori a quelli gravanti su prodotti nazionali, non vieta di applicare ai prodotti degli altri Stati membri tributi superiori a quelli che colpiscono i prodotti importati; le disequaglianze di questo genere non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art.95, bensì derivano dalle peculiarità delle legislazioni nazionali non armonizzate in settori di competenza degli Stati membri". Al cpv.39 si aggiunge che a fortiori uno Stato membro sarà dunque libero di "colpire un prodotto nazionale con tributi interni superiori a quelli gravanti sull'analogo prodotto in un altro Stato membro: disequaglianze di questo genere derivano dai poteri degli Stati membri in materia fiscale, e ad esse non si applicano né l'art.95, né l'art.37 del Trattato CEE".

115. Cfr. il cpv.34 in cui si dice che "quand'anche si dovesse ammettere che l'art.37 vieta, non solo di svantaggiare i prodotti importati rispetto a quelli nazionali soggetti al monopolio, bensì anche di svantaggiare questi rispetto ai prodotti importati" esso comunque non colpirebbe misure come quella sottoposta a scrutinio che esulano dall'esercizio della funzione specifica del monopolio.

116. 53/80, Raccolta 1981, p.409.

117. Ibid., a p.417: simili disparita' di trattamento, argomenta la Commissione, dipenderebbero dalla diversita' di legislazione fra gli Stati membri ed andrebbero abolite attraverso la procedura di ravvicinamento prevista dagli artt.100 e ss.

118. Ibid., a p.428.

119. Cassis de Dijon, infatti, consente la censura di classificazioni normative diverse da quelle, tipicamente discriminatorie, fondate sull'origine o sulla destinazione del bene, ma sempre quando queste incidano sulla circolazione intracomunitaria delle merci.

120. Quanto alla posizione della Corte, questa ancora una volta non appare del tutto chiara: nella sentenza si ammette infatti la proponibilita' del ricorso e si verifica che la misura, legittimata ai sensi della deroga di cui all'art.36, non dia vita ad una "discriminazione arbitraria" o a una "restrizione dissimulata al commercio"; non si comprende pero' se la 'disparita' di trattamento cui la Corte fa riferimento sia quella fra importazioni ed esportazioni oppure quella fra esportazioni e beni prodotti per il mercato interno (in questo secondo senso potrebbe andare il fatto che un'argomentazione di questo genere era stata svolta dalla parte privata nel giudizio a quo: v. l'Avv. Gen. Warner, ibid. a p.427 s.).

121. La dottrina, infatti, sembra per lo piu' adattarsi alla episodicita' giurisprudenziale ricorrendo a categorie, quali quella dei "ritmi del processo integrativo", troppo generiche per spiegare perche' in certi casi le discriminazioni a rovescio trovino sanzione mentre in altri casi no e per superare l'incertezza che da cio' deriva sui soggetti dell'ordinamento, in particolare sui privati, rispetto all'estensione della garanzia comunitaria dell'eguaglianza di trattamento.

122. Cfr. in particolare i cpv.19-20 ove la Corte giustifica la propria interpretazione della dir.64/417, per cui questa garantirebbe diritti anche quando lo Stato di stabilimento coincida con la madrepatria del lavoratore, "con le esigenze della libera circolazione delle persone, della liberta' di stabilimento e della libera prestazione dei servizi" giacche' "queste liberta', fondamentali nel sistema delle Comunita', non sarebbero . . . pienamente realizzate se gli Stati membri potessero impedire di fruire del diritto comunitario a quelli tra

i loro cittadini che si sono valse delle possibilità offerte in materia di circolazione e di stabilimento e che hanno acquistato, grazie ad esse, le qualifiche professionali contemplate dalla direttiva in un paese membro diverso da quello di cui posseggono la cittadinanza" (il corsivo è nostro). Che il caso sia risolto essenzialmente in riferimento alle esigenze della libera circolazione delle persone, come dice la Corte, piuttosto che alla preoccupazione di evitare discriminazioni a rovescio, emerge ancor più chiaramente dalle osservazioni in base alle quali la Commissione (ibid., a p.405 s.) giunge alle stesse conclusioni della Corte, in particolare quando, posto che "il Trattato ha inteso rendere il più completa possibile la libera circolazione delle persone ed ha fatto di questo principio uno dei fondamenti del mercato comune", si afferma che una delle condizioni necessarie in tal senso è che "le persone che desiderano stabilirsi in uno Stato membro diverso da quello di cui sono originarie abbiano, per sé e per i propri figli, la certezza di poter riprendere, qualora lo desiderino, un'attività economica nel loro paese d'origine".

123. Ciò che non rende assurdo ritenere che un problema di "trattamento nazionale" possa porsi per il Knoors nei rapporti con il proprio Stato di cittadinanza, e che d'altro canto tale problema vada risolto disapplicando nei suoi confronti la legislazione interna. Si noti, tuttavia, che nel successivo caso Auer I, cit., in particolare al cpv.20, la Corte adotta in riferimento all'art.52 un approccio opposto a quello qui seguito, su cui v. quanto osservato criticamente fra breve nel testo.

124. V. i casi Auer I, cit. (il cui epilogo è in Auer II, 271/82, Raccolta 1983, p.2727) e Broekmeulen, 266/80, Raccolta 1981, p.2311, entrambi relativi al potere di uno Stato membro di opporre a propri cittadini, che avevano studiato e si erano qualificati in un altro Stato membro, i requisiti previsti dalla legislazione interna per l'accesso a certe professioni anche quando questi, in ottemperanza alle norme comunitarie sulla libertà di stabilimento, risultino non applicabili a stranieri cittadini di altri Stati membri situati in una identica condizione. Va notato che in Auer I, affermando (cpv.23-24) che "la sfera d'applicazione ratione personae dei provvedimenti di liberalizzazione in materia di stabilimento e di servizi si determina di volta in volta senza distinzione a seconda della cittadinanza degli interessati" e che questo orientamento "è conforme alla norma generale dell'art.7 del Trattato in base alla quale è vietata, nella sfera di applicazione di questo, qualsiasi discriminazione a motivo della nazionalità" la Corte sembrerebbe fondare il proprio ragionamento sulla illiceità comunque di trattamenti meno favorevoli praticati da uno Stato

membro a danno di propri cittadini; in realta', da un'analisi complessiva della sentenza, in relazione anche alla successiva pronunzia in Auer II, e dalle tesi sostenute da Commissione e Avvocato Generale in Auer I (ibid., rispettivamente a p.443 e p.455), fattore determinante risultano essere gli elementi di "estraneita'" presenti nella situazione dell'Auer (in pratica, il fatto che si fosse diplomato in un altro Stato membro) e la loro rilevanza per stabilire l'applicabilita' delle norme sulla libera circolazione.

125. Cfr., p.e., la gia' ricordata insistenza di Commissione e Avv. Gen. Mayras in Thieffry nel derivare l'esistenza di diritti dei lavoratori autonomi nei confronti del proprio Stato di cittadinanza dalle "finalita' generali del trattato in materia di libera circolazione delle persone" o dal contenuto dell'art.52 (supra, note 105-107 e testo relativo), oppure il richiamo dell'Avv. Gen. Mayras in Peureux I alla presenza, nella fattispecie in esame, di "(n)essi con fatti localizzati in un altro Stato membro", e cioe', ci sembra di intendere, della diretta rilevanza di questa rispetto alla libera circolazione delle merci nel mercato comune.

126. Cit., al cpv.20.

127. Che gli ostacoli alla liberta' di stabilimento derivanti dal mancato possesso di qualifiche professionali o diplomi nazionali siano considerati dalla Corte in Thieffry come fonti di discriminazioni, sia pure dissimulate, in base alla nazionalita', e' argomentabile anche dai cpv.13/14 e 17/18 della sentenza.

128. Ad esempio, per conseguire il medesimo vantaggio, l'accesso alla professione di veterinario, a differenza dei suoi connazionali il sig.Auer avrebbe dovuto intraprendere un secondo corso di studi per ottenere un secondo diploma, nei fatti equivalente al primo, e cio', in contrasto con il valore fondamentale della liberta' di circolazione nel mercato comune, per la mera circostanza di essersi trasferito da uno Stato membro all'altro.

129. 35 e 36/82, Raccolta 1982, p.3723, in particolare ai cpv.11-18.

130. In tal senso, espressamente, la Commissione, ibid., a p.3731, che richiama questa ipotesi come esempio di una

situazione interessante il lavoratore cittadino e nondimeno caratterizzata da un legame con situazioni disciplinate dal diritto comunitario; la Corte, sia pure implicitamente, mostra di condividere tale posizione.

131. Al cpv.18 la Corte afferma che "il diritto comunitario non vieta ad uno Stato membro di rifiutare l'entrata ed il soggiorno nel suo territorio ad un familiare . . . di un lavoratore occupato nel territorio di detto Stato, il quale non abbia mai esercitato il diritto di libera circolazione all'interno della Comunita', quando il lavoratore e' cittadino di quello Stato ed i familiari cittadini di un paese terzo": l'inciso "quando il lavoratore e' cittadino di quello Stato" sarebbe evidentemente superfluo qualora a configurare una "situazione puramente interna" bastasse il fatto che il lavoratore in questione "non (abbia) mai esercitato il diritto di libera circolazione all'interno della Comunita'". D'altronde, che fra i beneficiari dei diritti comunitari di mobilita' sia anche "chiaramente compreso il lavoratore che non sposta il suo domicilio, ma e' semplicemente occupato in un altro Stato membro" e' espressamente affermato dall'Avv. Gen. Slynn nelle sue conclusioni (ibid., a p.3741).

132. 175/76, Raccolta 1979, p.1129, e 36/75, Raccolta 1975, p.1220. Per un'analisi piu' dettagliata dei due casi rinviamo al nostro "Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione nella giurisprudenza comunitaria in materia di diritti di mobilita' territoriale e professionale dei lavoratori", RDE, 1983, p.325 ss., a p.339 ss.

133. Naturalmente, sia in questa ipotesi che in quella precedente la discriminazione a rovescio potrebbe ritenersi effetto di una errata interpretazione dei limiti di competenza (qui, per eccesso) dell'ordinamento comunitario: le stesse ragioni che secondo le gia' ricordate tesi della Commissione e dell'Avv. Gen. Mayras in Thieffry e della Corte in Knors consentono di configurare l'esistenza di una discriminazione fondata sulla nazionalita' in fattispecie interessanti i rapporti fra privati ed il proprio Stato di cittadinanza ma caratterizzate da elementi di "estraneta'" o "transnazionalita'" dovrebbero infatti condurre, in base ad un approccio altrettanto realistico, ad escludere l'esistenza di un interesse comunitario alla disciplina di fattispecie coinvolgenti stranieri cittadini di altri Stati membri ma di rilevanza meramente interna, come appunto quelle considerate in Rutili o, in via ipotetica, in Morson e Jhanjan. Questo approccio puo' certo spiegarsi con l'esistenza di un favor verso la protezione delle liberta'

fondamentali previste dal Trattato e con la conseguente tendenza a presumere l'interesse dell'ordinamento comunitario ogni qual volta entrano in gioco atti o comportamenti normativi anche solo potenzialmente idonei a produrne una lesione; come che sia, finche' la Corte continuerà a muoversi in questa prospettiva, ne conseguiranno, sia pure come effetto indiretto, trattamenti differenziati del tipo indicato, la cui discriminatorietà appare innegabile.

134. Cfr. espressamente in tal senso le osservazioni dell'Avv. Gen. Reischl in Broekmeulen, cit., Raccolta 1981, a p.2344.

135. Cfr. l'art.9 della già citata dir.64/221. Su questo "standard minimo" di protezione v. il caso Pecastaing, 98/79, Raccolta 1980, p.691, ed in particolare le conclusioni dell'Avv. Gen. Capotorti, a p.720 ss.

136. Per un esempio di discriminazioni di questo genere v. HUBEAU, "L'exception d'ordre public et la libre circulation des personnes en droit communautaire", CDE, 1981, p. 207 ss., a p.248 s.; che richiama l'art.70 della legge belga 15 dicembre 1980 sull'accesso al territorio, il soggiorno, lo stabilimento e l'allontanamento dello straniero (in Moniteur Belge del 31 dicembre 1980, a p.14584) ai sensi del quale è consentito "le sursis a l'execution" di atti amministrativi relativi alla polizia degli stranieri, mentre invece una tale possibilità risulta esclusa per gli atti amministrativi in generale oggetto di impugnazione nelle forme del ricorso per annullamento di fronte al Conseil d'Etat. Che la necessità di evitare "discriminations a rebours" del tipo in esame giustifichi la decisione della Corte nel caso Pecastaing è sostenuto da DRUESNE, "Ordre public et garanties procedurales offertes aux travailleurs migrants", RTDE, 1980, p.428 ss., a p.431.

137. Cit., Raccolta 1979, p.656 (il Governo tedesco sottolinea come, per tale motivo, si arriverebbe ad una "armonizzazione verso il basso" tale che "la disciplina dello Stato membro meno esigente farebbe obbligatoriamente testo in tutti gli altri", e cioè al di fuori della procedura prevista dall'art.100 la quale "soltanto dovrebbe valere per la armonizzazione delle legislazioni nazionali").

138. Conclusioni dell'Avv. Gen. Capotorti, ibid., a p.674. Cfr. anche il cpv.12 della sentenza in cui la Corte richiama, ma non affronta, le tesi del Governo tedesco sulla "armonizzazione

verso il basso", così dimostrando il proprio disinteresse per il problema ad esse connesso di possibili discriminazioni a rovescio a danno dei flussi commerciali interni.

139. Cit., Raccolta 1981, p.1993 ss.: questo punto era stato sostenuto dalla parte privata nel giudizio a quo, la quale aveva sottolineato come i produttori francesi residenti nelle zone di confine, non essendo sottoposti ne' dalla loro legislazione nazionale, ne' da quella tedesca, ai menzionati divieti potessero realizzare economie di scala producendo nottetempo, e quindi esportare a costi inferiori in Germania; tesi indirettamente confermata dal fatto che il Governo francese aveva ritenuto opportuno intervenire nella causa a sostegno della legittimità della normativa tedesca in questione, indicando appunto come questa implicasse "un impulso e non una restrizione delle importazioni" (ibid., a p.2003). Ma cfr. anche le parallele argomentazioni del Governo tedesco allorché giustifica l'applicazione del divieto di commercializzazione anche alle importazioni appunto con la necessità di evitare discriminazioni a danno dei prodotti nazionali (desumibile dalle conclusioni dell'Avv. Gen. Capotorti, ibid., a p.2017 e 2019) e la loro mancata considerazione da parte della Corte al cpv.18 della sentenza.

140. In base alla tesi, già criticata, secondo cui l'art.7 riguarderebbe solo discriminazioni fondate sulla cittadinanza delle persone e non anche su altri criteri, lato sensu riconducibili alla "nazionalità", quali ad esempio il luogo di esercizio di una particolare attività economica.

141. "L'impulso" alle importazioni di cui parla il Governo francese (con il consenso della Commissione: ibid., a p.2004) non nasce infatti dalla valorizzazione di un vantaggio competitivo "naturale" dei prodotti stranieri, ma dalla "rendita di posizione" che viene di fatto a questi attribuita facendo gravare solo sulla produzione interna i costi aggiuntivi effetto della legislazione sociale tedesca. Per un'ulteriore conferma dell'atteggiamento della Corte in materia, v. quanto osservato fra poco a proposito del caso Cinzano.

142. Così, per rifarsi alla già ricordata fattispecie di Morson e Jhanjan, non c'è discriminazione quando ai lavoratori di uno Stato membro trasferitisi all'estero e successivamente rientrati nella madrepatria si riconosce un diritto di mobilità nei confronti del proprio stesso Stato di cittadinanza, negandolo invece ai loro connazionali che non abbiano mai tratto vantaggio

della disciplina comunitaria sulla liberta' di circolazione nel mercato comune: questa diversita' di condizione fra le due fattispecie rende tale classificazione del tutto legittima alla luce della nozione materiale di eguaglianza tutelata dall'ordinamento comunitario.

143. 14/68, Raccolta 1969, p.1: di fronte alla questione se sussista violazione dell'art.7 nel caso in cui uno Stato membro destini misure restrittive in materia di intese esclusivamente ai propri cittadini, ponendoli in una posizione sfavorevole rispetto ai cittadini di altri Stati membri che si trovino in una situazione comparabile, questione risolta senza esitazioni in senso positivo da Commissione e Avvocato Generale (ibid., rispettivamente a p.12 e a p.28), la Corte risponde indirettamente affermando il principio generale per cui l'art.7 imporrebbe che la legislazione interna degli Stati membri si applichi a chiunque sia ad essa soggetto, secondo criteri oggettivi ed indipendentemente dalla nazionalita'.

144. SUNDBERG-WEITMAN, Discrimination on Grounds ecc., cit., a p.113 ss.; conforme WYATT, "Social security benefits and discrimination by a Member State against its own nationals", ELR, 1978, p. 488 ss., a p.491.

145. Cfr., p.e., il caso Knoors, cit., in cui la Corte, riconoscendo che "le disposizioni del Trattato in materia di stabilimento e di prestazione dei servizi non possono applicarsi a situazioni puramente interne di uno Stato membro", non considera tuttavia tale la situazione di uno Stato membro che opponga ostacoli alla libera circolazione di quelli fra i lavoratori autonomi propri cittadini "che si sono valse delle possibilita' offerte in materia di libera circolazione e di stabilimento" dal diritto comunitario e che hanno acquistato, grazie ad esse, qualifiche professionali "in un paese membro diverso da quello di cui posseggono la cittadinanza". Ma v. anche le posizioni gia' ricordate della Commissione in Thieffry, allorché si afferma che la liberta' di stabilimento va garantita da uno Stato membro anche ai propri cittadini "specie per chi ha conseguito titoli di studio in altri paesi della Comunita'".

146. Cit., ai cpv.16-17 (l'enfasi e' nostra, ad evidenziare appunto l'irrilevanza per la Corte di classificazioni normative a danno di cittadini dello Stato membro fonte della disposizione, o, piu' in generale e correttamente, relative a "situazioni puramente interne").

147. 13/70, Raccolta 1970, p.1089.

148. Ibid., a p.1102 ss. (il corsivo e' nostro).

149. Cfr. in particolare il cpv.9/10 in cui la Corte afferma che "perche' costituisca discriminazione . . . ai sensi dell'art.37,1 il nuovo tributo deve avere come effetto di gravare il prodotto importato in misura maggiore dell'analogo prodotto nazionale" e che "non si ha dunque discriminazione . . . quando il prodotto importato riceve lo stesso trattamento del prodotto nazionale oggetto del monopolio": con il che e' chiaro come la Corte, in contrasto con l'Avvocato Generale, non ritenga affatto rilevante, e censurabile in diritto comunitario, l'ipotesi opposta, e cioe' l'ipotesi in cui il prodotto nazionale riceveva un trattamento ingiustificatamente piu' oneroso del prodotto importato, e lasci lo Stato membro libero sotto tale profilo di agire come meglio crede, vale a dire di mantenere o sanare una tale situazione palesemente discriminatoria. Ma v. anche il gia' citato caso Peureux I, in particolare le tesi della Commissione (Raccolta 1979, a p.905 s.) allorché nega l'incompatibilita' con il diritto comunitario delle discriminazioni a rovescio, fra l'altro, a causa della "economia generale del Trattato, che si fonda sulla attuazione di norme destinate ad impedire agli Stati membri di discriminare i cittadini degli altri Stati membri, lasciando a ciascuno di essi il compito" (noi diremmo, la competenza) "di tutelare i propri cittadini", e della Corte (ai cpv.32/33, cit.) allorché sostiene che l'art.95 non impedisce che gli Stati membri applichino ai prodotti nazionali tributi superiori a quelli che colpiscono i prodotti importati, tali disparita' di trattamento rappresentando un effetto naturale della mancata armonizzazione delle legislazioni nazionali.

150. Così SUNDBERG-WEITMAN, op. e loc. ult. cit.

151. Casi citati, rispettivamente Raccolta 1979, p.415 s. e Raccolta 1979, p.455.

152. Un esempio e' costituito dalla sentenza 22 gennaio 1970 - IB. 65.69 del Bundesverwaltungsgericht tedesco riportata in CDE, 1972, a p.110 ss. Cfr. anche le osservazioni della Commissione in Peureux I, cit., Raccolta 1979, p.905 s., nella parte in cui sottolinea come una disposizione del tipo in esame sarebbe senz'altro censurabile in alcuni ordinamenti di Stati membri per lesione del principio costituzionale d'eguaglianza.

153. E' ovvio infatti che qualora la discriminazione a rovescio potesse essere risolta semplicemente estendendo alle fattispecie di rilevanza interna il godimento dei vantaggi attribuiti alle fattispecie di rilevanza comunitaria, e lo Stato membro non ritenesse tuttavia di dover agire in tal senso pur in assenza di un qualsiasi interesse riconosciuto dall'ordinamento come idoneo a giustificare tale scelta, nessuna pretesa potrebbe poi essere avanzata dinanzi al giudice comunitario in relazione all'esistenza di una simile situazione discriminatoria, e quindi l'ipotesi di cui si discorre nel testo non potrebbe trovare applicazione.

154. Caso cit., Raccolta 1981, p.2018 ss., ove viene dato risalto all'argomentazione del Governo tedesco per cui il legislatore interno doveva considerarsi obbligato ad estendere anche alle importazioni, nonostante l'apparente irrilevanza del loro trattamento rispetto allo scopo perseguito, un divieto di commercializzazione nelle prime ore del mattino per prodotti di panetteria finalizzato alla tutela della salute dei lavoratori nazionali impiegati presso tale industria, giacche' lo svantaggio concorrenziale che altrimenti i produttori nazionali avrebbero subito si sarebbe tradotto in una palese violazione di un fondamentale "principio della parita' di trattamento" riconosciuto dall'ordinamento costituzionale a loro tutela: pur escludendo che la garanzia della competitivita' della produzione interna possa di per se' costituire una causa di giustificazione per restrizioni ai flussi commerciali intracomunitari, l'Avvocato Generale ritiene infatti che tale argomentazione possa invece assumere rilievo sotto un diverso profilo qualora, accertata l'esistenza di una "esigenza imperativa" dello Stato membro tale da consentire deroghe ai principi fondamentali di cui agli artt.30 e 34 (qui, quella della tutela della salute pubblica), il rispetto dei vincoli posti dall'ordinamento costituzionale valga a qualificare come "necessaria" la misura normativa adottata a tal fine.

155. Come si e' gia' detto e' questa infatti la preconditione perche' classificazioni normative di tal genere non trovino immediata sanzione giudiziale e risultino invece sanabili solo attraverso interventi ex art.100. Cio' non sembra compreso da quei passi della giurisprudenza in cui, a nostro avviso troppo sbrigativamente, si esclude l'illiceita' di discriminazioni a rovescio appunto in base al mero fatto che esse sono la conseguenza di un diverso esercizio da parte degli Stati membri dei propri poteri legislativi in materie di competenza riservata: cfr. le gia' richiamate tesi in Peureux I della Commissione (cit., Raccolta 1979, p.905 s.: "e' con l'armonizzazione che si deve giungere a sopprimere queste discriminazioni a rovescio") e

della Corte (cpv.32-33: "le disequaglianze di questo genere . . . derivano dalle peculiarita' delle legislazioni nazionali non armonizzate in settori di competenza degli Stati membri"); o anche, piu' di recente, il caso Smit (126/82, Raccolta 1983, p.73) in cui sia la Corte (cpv.26-28) che l'Avv. Gen. Reischl (ibid., a p.101) ricorrono ad argomentazioni del genere (in particolare, al fatto che la disparita' di trattamento non risulta dalla legislazione o prassi amministrativa di uno stesso Stato membro) per negare la sussistenza di una violazione dell'art.7 nel fatto che uno Stato membro sottoponga le imprese di trasporto stabilite nel proprio territorio a determinate restrizioni relativamente alla capacita' di carico sfruttabile nei trasporti intracomunitari, pur essendo tenuto, in esecuzione di una direttiva, ad ammettere al proprio interno senza alcuna restrizione i trasportatori di altri Stati membri anche quando questi applichino condizioni piu' favorevoli alle imprese stabilite nel loro territorio.

156. Cit.: nel caso di specie, com'e' noto, la Corte risolve in senso negativo la presunzione di illiceita', accertando come le misure restrittive in questione perseguano lo scopo "economicamente razionale" di consentire uno sfruttamento ottimale e costante delle risorse ittiche.

157. Cit., Raccolta 1974, p.1123.

158. Ibid., a p.1127.

159. In particolare ai cpv.14/17. V. anche il simile caso Van den Hazel, 116/76, Raccolta 1977, p.901.

160. In effetti, sia in Van Haaster che in Van den Hazel la Corte giunge alle sue conclusioni argomentando soltanto dall'oggetto e dalle finalita' della disciplina delle organizzazioni comuni di mercato dei beni in questione: cio' non implica tuttavia a nostro avviso che tale disciplina, lex specialis rispetto agli artt.30 e 34, debba necessariamente avere sotto il profilo in esame un contenuto piu' ampio di quello proprio di tali norme.

161. Cit., Raccolta 1979, a p. 3412.

162. Cfr. l'interpretazione del divieto di discriminazioni di cui all'art.4 CECA quale norma strumentale per conseguire "condizioni normali di concorrenza" ai sensi del successivo art.5 data da OLIVIER, "Commento all'art.4", in QUADRI, MONACO, TRABUCCHI, Commentario CECA, 1970, p. 77 ss., a p.94.

163. Cfr., ad esempio, il caso Holtz, 153/73, Raccolta 1974, p.675, al cpv.13 ove si afferma che gli obbiettivi enunciati dall'art.40 "presuppongono l'adozione di norme e criteri uniformi nei confronti degli agricoltori e dei consumatori dei prodotti agricoli" e perciò escludono "qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità o sulla ubicazione territoriale delle imprese consumatrici": ove è chiaro che la nazionalità è richiamata come una delle tante caratteristiche degli operatori economici che in un'ottica liberoconcorrenziale vanno considerate irrilevanti quale fondamento per classificazioni normative.

164. Sulla quale v. infra, sub V.2. alle note 248-252 e testo relativo.

165. 112/80, Raccolta 1981, p.1095, ai cpv.51-55: precisamente, tali soggetti andrebbero considerati "consumatori" ai sensi dell'art.40,3,2.

166. 35/79, Raccolta 1980, p.177, in particolare ai cpv.7-10 (si noti che nel caso di specie entravano in rilievo normative di uno Stato membro relative alla gestione dei contingenti).

167. 124/79, Raccolta 1980, p.813, al cpv.14.

168. Il passo citato è nella sentenza Grosoli II (il corsivo è nostro). Per l'esattezza, è soltanto nella seconda delle pronunce citate che la Corte afferma la derivabilità dell'enunciato principio dal divieto di cui all'art.40,3,2, del quale l'art.3 del reg.3063/78 richiamato dai giudici del Lussemburgo nel primo caso costituirebbe concreta specificazione (che la parità di trattamento nella gestione dei contingenti comunitari rappresenti un'espressione particolare del "principio di non discriminazione tra gli operatori economici della Comunità" ai sensi degli artt.7 e 40,3,2, era già stato peraltro sostenuto dalla Commissione nel precedente caso Grosoli I, 131/73, Raccolta 1973, p.1555, a p.1562).

169. 52/81, Raccolta 1982, p.3765, al cpv.25; analoghi dubbi solleva l'Avv. Gen. Slynn, ibid., a p.3772.
170. 43/72, Raccolta 1973, p.1055, a p.1086.
171. Cit., in particolare il cpv. 24. V. similmente sul punto la sentenza Edeka, 245/81, Raccolta 1982, p.2745, al cpv. 11.
172. In Koninlijke Scholten Honig, 125/77, Raccolta 1978, p.1991, a p.2025.
173. Ibid., a p.2027, ove si afferma che nell'applicazione dell'art.40,3,2, si puo' tener conto "solo dei singoli prodotti che sono in concorrenza fra loro, e porre a confronto gli oneri gravanti su di essi e la loro idoneita' a sopportarli".
174. 5/73, Raccolta 1973, p.1091, ai cpv.25-26. Per un diverso approccio, v. il caso Bela Muhle, 114/76, Raccolta 1977, p.1211, ai cpv. 6-7.
175. Così l'Avv. Gen. Capotorti in Bela Muhle, cit., a p. 1230.
176. Cit., ai cpv.27-31 della sentenza.
177. Per una conferma cfr. la sentenza United Brands, 27/76, Raccolta 1978, p.207, cpv.12-35, ove si afferma la necessita' che nella individuazione del "relevant market" ai fini dell'applicazione dell'art.86 sull'abuso di posizione dominante si consideri appunto il "grado" di sostituibilita' dei prodotti in questione.
178. Conforme VAJDA, "Some Aspects of Judicial Review within the Common Agricultural Policy", ELR, 1979, p.244 ss. e p.341 ss., a p.253, che pure richiama la sentenza United Brands.
179. L'espressione e' dell'Avv. Gen. Mayras in Hoffmann's Staerkefabriken, 2/77, Raccolta 1977, p. 1375, a p.1399.

180. Cfr. l'art.11 del reg.120/67 del Consiglio (G.U.C.E. 1967, n.117, p.2269 ss.).

181. Cfr. il rilievo dato nelle già citata causa Koninlijke Scholten Honig, cpv. 31, al rischio che nel compensare il vantaggio competitivo del glucosio rispetto all'isoglucosio (prodotti con un grado relativamente basso di sostituibilità) si finisse col porre in essere un trattamento discriminatorio dello zucchero a vantaggio dell'isoglucosio (prodotti più direttamente in concorrenza). La considerazione da parte della Corte di fenomeni di "contagio" economico sembra pure desumibile dal caso Royal Scholten Honig e Tunnel, 103 e 145/77, Raccolta 1978, p.2037, ai cpv.38 e ss., in cui, pur invalidando ex art.40 una norma regolamentare in quanto irrazionale rispetto allo scopo perseguito, la Corte, almeno implicitamente, accetta la legittimità di tale scopo che è appunto quello di compensare mediante tributi il vantaggio concorrenziale artificiale di cui un prodotto (l'isoglucosio) viene a godere a causa delle restrizioni alla produzione, e delle conseguenti maggiorazioni di prezzo, imposte ad un altro prodotto concorrente (lo zucchero) nel perseguimento di obiettivi di stabilizzazione del mercato.

182. 35/80, Raccolta 1981, p.45, ai cpv.16-17 (nella specie, si trattava del reg.986/68 del Consiglio che garantiva un sistema di aiuti al latte magro liquido e al latte magro in polvere, differenziando in considerazione di fattori quali la situazione del mercato, l'andamento dei prezzi, la situazione nell'approvvigionamento, l'impiego di questi prodotti nell'alimentazione del bestiame; ulteriori ragioni a sostegno della diversità di trattamento sono proposte dalla Commissione, ibid., a p.54 ss., e dalla Corte ai cpv.22-24).

183. Cit., ai cpv.13-17.

184. Nel caso di specie la Corte ammette misure del genere ma solo in deroga ai principi, richiamando la "progressività" dell'integrazione e la conseguente necessità di provvedimenti provvisori per risolvere eventuali difficoltà di adattamento.

185. Sul rischio che il sistema degli importi monetari compensativi, per l'obiettivo difficoltà di fissarli ad un livello effettivamente corrispondente agli effetti perturbatori di fluttuazioni monetarie in continua variazione, invece di salvaguardare l'unità del mercato produca un frazionamento artificiale di questo e dia luogo a sviamenti di concorrenza, v.

le osservazioni di DRUESNE, "La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Europeennes en matiere agricole (1958-1977) - Quatrieme theme: Principe d'unite' du marche'", RMC, 1979, n.223, p. 27 ss., a p.33 s., che sottolinea come, appunto in base a considerazioni del genere la Commissione abbia piu' volte proposto al Consiglio la soppressione tout court del sistema.

186. Cfr. la sentenza Groupment des industries siderurgiques Luxembourgaises, 7 e 9/54, Raccolta 1956, p.53, a p.89, ove la Corte afferma che l'art.2 del Trattato di Parigi, nel prevedere "condizioni che assicurino di per se stesse la piu' razionale ripartizione della produzione al livello produttivo piu' elevato", si riferisce alla ripartizione che si basa "sulla scala dei costi di produzione che risulta dai rendimenti, cioe' dalle condizioni materiali e tecniche proprie ai vari produttori", e l'Avv. Gen. Roemer, ibid., a p.134, che specifica come "la soppressione delle sovvenzioni e degli aiuti ha . . . lo scopo di eliminare nella concorrenza dei vantaggi artificiali ed inversamente, il divieto di oneri speciali si prefigge di dare pieno effetto ai vantaggi naturali". Cfr. anche l'Avv. Gen. Lagrange nelle cause riunite 3-18, 25 e 26/58, Raccolta 1960, p.359, a p.427, per il quale "uno dei principi fondamentali che danno l'impronta al mercato comune attiene all'uguaglianza dinanzi alle caratteristiche 'naturali' di produzione.

187. Werhahn, 63-69/72, Raccolta 1973, p. 1229, relativa ad un sistema comunitario di aiuti alla produzione che di fatto giovava maggiormente alle imprese francesi che a quelle tedesche.

188. Ibid.

189. Oltre a Werhahn e Holtz, cit., v. anche Deutsche Getreide und Futtermittel, 31/70, Raccolta 1970, p. 1055, in cui si esclude il conflitto con l'art.40,3,2, di un prelievo all'importazione che, applicandosi uniformemente, gravi maggiormente su importatori che a causa delle diverse condizioni di trasporto ricevano prodotti in parte deteriorati; e, piu' indietro nel tempo, il rilievo dato dall'Avv. Gen. Lagrange, nel caso Erzbergbau AG, cit., Raccolta 1960, a p.427, ai "vantaggi naturali derivanti dalla protezione geografica . . . fattore fondamentale della concorrenza che non deve essere falsato".

190. Cfr. le sentenze in materia di importi monetari compensativi in cui la Corte afferma che lo scopo di tale sistema

e' quello di consentire il regolare funzionamento delle organizzazioni comuni di mercato a fronte degli effetti perturbatori derivanti dalle fluttuazioni valutarie, e non anche quello di proteggere gli operatori economici da qualsiasi riduzione della propria competitivita' dovuta ad atti di politica economica o monetaria del loro Stato: Compagnie d'approvisionnement, de transport et de credit, 9 e 11/71, Raccolta 1972, p.391, Merkur, cit., Societe' IRCA, 7/76, Raccolta 1976, p.1213.

191. Argomentabile da Schouten, 35/78, Raccolta 1978, p.2543, in cui al cpv.40 si esclude la violazione del principio di eguaglianza in un provvedimento della Commissione che, come reazione a movimenti speculativi realizzatisi nei confronti delle sterline inglesi e irlandesi, aveva derogato al metodo di calcolo ordinariamente impiegato nella definizione degli importi monetari compensativi per quanto riguardava esportazioni verso Gran Bretagna e Irlanda, e cio' senza dare alcun rilievo alla situazione di svantaggio nella quale venivano cosi' posti quanti esportavano verso tali Stati membri rispetto agli altri operatori economici della Comunita'.

192. Cfr. la sentenza Maizena, 139/79, Raccolta 1980, p.3393, ai cpv.29-30: in riferimento ad un sistema di quote di produzione, calcolate rispetto ai risultati produttivi di un certo periodo di tempo senza dare rilievo al fatto che alcune imprese avessero spontaneamente frenato i propri investimenti nel settore in attesa di un regolamento comunitario che, in attuazione di un sentenza della Corte, doveva modificare il regime vigente, la Corte nega sussista discriminazione in quanto "le scelte commerciali e di politica interna di ciascuna impresa" sono da ritenersi irrilevanti per il Consiglio all'atto dell'adozione di provvedimenti di interesse generale.

193. Cfr. i cpv. 11-17 della sentenza Van Haaster, cit., nella parte in cui viene riconosciuta la legittimita' comunitaria di criteri qualitativi minimi imposti da un regolamento relativo all'attuazione di una organizzazione comune di mercato allo scopo "di eliminare dal mercato i prodotti di qualita' non soddisfacente e di facilitare le relazioni commerciali sulla base di una concorrenza leale".

194. V. i casi Minotiers de la Champagne, 11/74, Raccolta 1974, p.877, in cui Commissione (a p.882) e Avv. Gen. Trabucchi (a p.890) concordano nel ritenere che la garanzia del mantenimento delle correnti commerciali "naturali" non significhi

affatto conservazione delle correnti commerciali "tradizionali" preesistenti, nei singoli mercati nazionali, alla creazione del mercato comune, e Kampffmeyer, 56-60/74, Raccolta 1976, p.711, al cpv.13, ove la Corte nega che la stabilizzazione dei mercati implichi che "debbono in ogni caso essere fatte salve le posizioni costitutesi nella precedente situazione di mercato" (conforme la Commissione, ibid., a p.736). In senso simile cfr. poi anche l'interessante caso dell'isoglucosio (i cui fatti sono chiaramente riassunti da VAJDA, op. cit., a p.254 s.) ove la tesi delle istituzioni per cui era giusto che tale prodotto, essendo causa di maggiori eccedenze dello zucchero, sopportasse gli oneri relativi al loro assorbimento (cfr. in particolare la Commissione in Royal Scholten Honig e Tunnel, cit., Raccolta 1978, a p.2055) viene nettamente rigettata dall'Avv. Gen. Reischl (in Koninlijke Scholten Honig, cit., Raccolta 1978, a p.2026 s.) per il quale dal principio della liberta' di accesso al mercato a parita' di condizioni discende appunto il divieto di "riservare" quote di mercato a vantaggio di certi beni e di limitare in tal modo la concorrenza che a questo puo' essere fatta da nuovi prodotti piu' competitivi (implicitamente conviene sul punto la Corte, ai cpv.63-66 della sentenza Royal Scholten Honig, cit.).

195. Cfr. i casi Róquette, 34/74, Raccolta 1974, p. 1217, C.N.T.A., 74/74, Raccolta 1975, p. 533, Cotella, 67 e 85/75, Raccolta 1976, p. 391, ed il commento di DRUESNE, op. ult. cit., a p.33.

196. V. la sentenza Eridania, 230/78, Raccolta 1979, p.2749, ai cpv.17-19, ove si nega la discriminatorieta' di provvedimenti speciali indirizzati alle sole imprese italiane operanti nei settori saccarifero e bieticolo dato il fine perseguito di ristrutturazione delle relative industrie in vista di livelli piu' alti di efficienza (cfr. in particolare le osservazioni del Consiglio, ibid., a p.2760). V. anche le conclusioni dell'Avv. Gen. Capotorti in Ruckdeschel, 117/76 e 16/77, Raccolta 1977, p. 1753, a p.1781 ss., allorche', posto che "nell'applicazione normale dei trattati comunitari la differenza fra i costi di produzione delle imprese in relazione a prodotti identici o concorrenti non puo' costituire un elemento di differenziazione atto, di per se' solo, ad escludere la comparabilita' delle situazioni delle imprese considerate, e, quindi, a consentire differenze di trattamento", viene tuttavia fatta salva, fra l'altro, la possibilita' "di particolari regole miranti a facilitare l'adattamento delle imprese meno produttive alle esigenze della concorrenza nel quadro del mercato comune" citandosi a sostegno la sentenza Charbonnages Belges, 9/55, Raccolta 1955-1956, p.317. Cfr. infine le osservazioni della Commissione in Van Tiggele, 82/77, Raccolta 1978, p. 25, a p.35,

allorche' riconosce la compatibilita' con il diritto comunitario di disposizioni che, imponendo margini di utile minimi, limitano la liberta' di concorrenza ma nella misura strettamente necessaria per conseguire la razionalizzazione del mercato sotto il profilo della distribuzione delle merci.

197. Kramer, cit., ai cpv. 56/59.

198. E' proprio la mancata accentuazione di questa distinzione che rende non sempre facile interpretare la posizione della Corte in materia. Ad esempio in Arnaud (89/74, 18 e 19/75, Raccolta 1975, p.1075, in particolare ai cpv.10-16), chiamata a valutare una misura assunta da uno Stato membro per il controllo della sofisticazione dei vini, la Corte afferma che questa non sarebbe ammissibile "se fosse, in pratica, diretta a sfavorire i vini provenienti da altri Stati membri e costituisse, in tal modo, una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa": cio' che potrebbe valere a sanzionare sia il contenuto obiettivamente discriminatorio del provvedimento (come indicano le osservazioni dell'Avv. Gen. Trabucchi, ibid., a p.1040 ss.), sia anche gli effetti discriminatori derivanti dalla mera diversita' di legislazione tra Stato esportatore e Stato importatore (come sostenuto dalle parti private nel giudizio a quo: cfr. ibid., a p.1028). La distinzione non e' evidentemente priva di rilevanza pratica: nel secondo caso, ma non anche nel primo, ad eliminare la discriminazione basterebbe la adozione generalizzata della misura in esame da parte di tutti gli Stati membri.

199. V. SUNDBERG-WEITMAN, Discrimination on Grounds ecc., cit., a p.39 ss., della quale e' l'espressione citata, e che richiama le posizioni conformi di STEINDORFF, Der Gleichheitssatz im Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes, cit., a p.35 ss., e KLAER, "Die Anwendung von Diskriminierungsverboten im Gemeinsamen Verkehrsmarkt", in Zur Stellung der Mitgliedstaaten im Europarecht, 1967, p.98 ss., a p.101.

200. Cfr., oltre alla giurisprudenza richiamata supra, sub III.2., nota 14 e testo relativo, le conclusioni dell'Avv. Gen. Dutheillet de Lamothe in Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Raccolta 1970, p. 1125, a p.1156.

201. V. la distinzione operata da CONSTANTINESCO, "La constitution economique de la C.E.E.", RTDE, 1977, p.244 ss.,

passim, fra "integration" e "cooperation" quali diversi "instruments" per l'attuazione degli obbiettivi comunitari.

202. V. l'insistenza di vari fra gli Autori cit. supra, sub V.1., sulla necessita' di impedire che l'allargamento del controllo giudiziale ex artt.30-34 anche a tali misure, ed in particolare agli effetti restrittivi sugli scambi derivanti dalla diversita' delle legislazioni nazionali, finisca col restringere, al di fuori della procedura prevista dall'art. 100, "the freedom of action of Member States in matters hitherto regarded as being within their exclusive jurisdiction" (cosi' WYATT, DASHWOOD, The Substantive Law ecc., cit., a p.101).

203. Cfr. la sentenza Wilhelm, cit., al cpv. 13, ove si afferma che "l'art.7 non contempla . . . le eventuali disparita' di trattamento e le distorsioni che potrebbero derivare per le persone e le imprese soggette al diritto comunitario dalle divergenze esistenti tra le legislazioni dei vari Stati membri, dal momento che ciascuna di dette legislazioni si applica a chiunque sia ad esse soggetto, secondo criteri oggettivi ed indipendentemente dalla nazionalita'". Ma v. anche piu' di recente, fra le sentenze precedenti Ca'assis de Dijon, Peureux II, 119/78, Raccolta 1979, p.975, al cpv.23, per cui "gli ostacoli per il commercio intracomunitario che derivano dalle discrepanze fra le norme delle legislazioni nazionali non ancora armonizzate in tema di smercio e di uso di certi prodotti non costituiscono, in linea di principio, misure di effetto equivalente a restrizioni quantitative", e, similmente, Bauhuis, 46/76, Raccolta 1977, p.5, al cpv.45.

204. Cfr. le conclusioni dell'Avv. Gen. Capotorti in Cassis de Dijon, cit., Raccolta 1979, a p.670 s., allorché sottolinea come l'applicabilita' degli artt.100-102 sul ravvicinamento delle legislazioni non escluda di per se' la applicabilita' in riferimento ad una stessa fattispecie dei divieti desumibili dagli artt.30 e 34, e la sentenza Commissione c. Italia, 193/80, Raccolta 1981, p.3019, ai cpv.15-18, ove la Corte nega che l'assenza di armonizzazione delle legislazioni nazionali valga di per se' ad escludere la ricorribilita' ai divieti di cui all'art.30 in quanto questa norma e l'art.100 "perseguono finalita' distinte", l'una avendo "lo scopo di eliminare immediatamente, salvo eccezioni ben determinate, tutte le restrizioni quantitative all'importazione delle merci e tutte le misure di effetto equivalente, mentre l'altro ha lo scopo generale di permettere mediante il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli

Stati membri, di ridurre gli ostacoli di ogni genere risultanti dalle disparita' tra dette disposizioni".

205. Caso cit., cfr. il cpv.18 con i cpv.17 e 20.

206. Per dirla con APOLLIS, "Le principe de l'egalite' de traitement en droit economique communautaire", RMC, 1980, nn. 234-235, p.72 ss. e p. 140 ss., a p.154 ss., il principio di eguaglianza finisce in tal modo per divenire "un facteur de l'application uniforme du droit communautaire".

207. 94/71, Raccolta 1972, p.307, ai cpv.10-11. Ma in senso simile v. gia' la sentenza Commissione c Italia, 31/69, Raccolta 1970, p.25, ai cpv.15-16, in cui si dichiara l'obbligo per gli Stati membri di assicurare comunque il pagamento delle restituzioni "entro un tempo ragionevole, onde evitare sperequazioni tra gli esportatori a seconda del Paese dal quale avviene l'esportazione" (ed infatti la Commissione, ibid., a p.30, aveva sottolineato come il trattamento discriminatorio a danno degli operatori italiani derivava appunto dal fatto che negli altri Stati membri le restituzioni venivano versate molto piu' rapidamente).

208. Cit., ai cpv.21/22 (v. anche conforme l'Avv. Gen. Mayras, ibid., a p.918). Cfr. anche le tesi della Commissione in Grosoli I, 131/73, Raccolta 1973, p. 1555, a p. 1562, allorché riconduce al principio di non discriminazione di cui agli artt.7 e 40,3,2, l'obbligo degli Stati membri, nella gestione ad essi affidata di contingenti comunitari alle importazioni, di ripartire per quanto possibile i relativi vantaggi secondo criteri uniformi nell'intera Comunita'.

209. Talora e' lo stesso legislatore comunitario a stabilire l'obbligo per gli Stati membri di adottare norme "per quanto possibile uniformi" al fine di evitare disparita' di trattamento discriminatorie: cfr. il punto IV della motivazione del reg.1028/68 della Commissione relativo alle procedure di gestione degli interventi nel mercato dei cereali (G.U.C.E., L 176, 1968, p. 1 ss.).

210. Op. cit., a p.279 ss.

211. Nelle sue conclusioni al caso Oebel, cit., Raccolta 1981, in particolare a p. 2019 s.

212. Si pensi al caso in cui lo Stato esportatore abbia adottato, ad esempio in materia di orari di lavoro oppure di sicurezza del prodotto, normative meno restrittive, e quindi meno "costose", di quelle vigenti nello Stato di importazione, e questo non ponga il rispetto dei propri standards quale condizione per l'accesso al proprio mercato interno, così garantendo alle importazioni un vantaggio artificiale a danno della produzione nazionale concorrente (naturalmente sempre che non si accolga la teoria più su avanzata e che condurrebbe a sanzionare un'ipotesi del genere come "discriminazione a rovescio": v. supra, sub V.1.1.2.).

213. Cfr., p.e., la direttiva del Consiglio n.64/432 (G.U.C.E., 1964, n.1977, p.64 ss.) che allo scopo di eliminare gli ostacoli agli scambi intracomunitari di animali bovini e suini derivanti dall'esistenza di difformi misure di politica sanitaria in ciascuno Stato membro ha armonizzato tali discipline sostituendole con un sistema uniforme fondato su una presunzione di equivalenza delle garanzie imposte in materia da ciascun ordinamento nazionale.

214. Direttiva n.77/62, G.U.C.E., L 13, 1977, p.1 ss.

215. Per un esempio di questa problematica cfr. le osservazioni dell'Avv. Gen. Mayras nel caso Kenny, cit., Raccolta 1978, a p.1509.

216. Questa analisi sarà ovviamente semplificata nel caso in cui uno dei due Stati non imponga alcun requisito, oppure quando i requisiti risultino "omogenei", graduabili cioè su una predefinita scala di intensità (ad esempio, contenuto massimo di una certa sostanza nociva).

217. Cfr. APOLLIS, "Le principe de l'egalite'" ecc., cit., a p.73, che individua nel principio fondamentale di diritto internazionale della eguaglianza fra gli Stati, e nel contenuto particolare che questo acquista per gli Stati membri delle Comunità in virtù del dovere di solidarietà desumibile dall'art.5 del Trattato di Roma, una delle fonti della garanzia dell'eguaglianza nell'ordinamento comunitario.

218. Italia c. Commissione, 13/63, Raccolta 1963, p.358.

219. Commissione c.Repubblica Italiana, 39/72, Raccolta 1973, p.101; il passo citato e' ai cpv.24-25 della sentenza.

220. CAPOTORTI, "Le principe d'egalite' en droit economique" ecc., cit., a p.4 s. per il quale questa "version du principe d'egalite'" si riduce "a' l'expression la plus elementaire de l'egalite' devant la loi, consistant a' dire que les destinataires d'un ordre juridique . . . sont tous egalement tenus de le respecter": richiamando in questo senso anche Governo francese c. Commissione, 15 e 16/76, Raccolta 1979, p.321, e Commissione c. Regno Unito, 231/78, Raccolta 1979, p.1147, l'Autore sottolinea come in questo contesto "la non discrimination apparait seulement comme le resultat de l'application uniforme de l'ordre juridique communautaire".

221. Puo' qui rilevarsi come, paradossalmente, proprio in base all' obiter della Corte, ed al particolare controllo sulla legittimita' in punto di eguaglianza del contenuto di atti e comportamenti normativi che esso sembra consentire, il Governo italiano avrebbe potuto difendere l'inadempimento dei propri obblighi di diritto comunitario qualora fosse riuscito a dimostrare, appunto argomentando in termini di "equilibrio fra vantaggi ed oneri", la discriminatorieta' dell'ambito di applicazione dei regolamenti vietati, e cioe', per parafrasare il cpv.14 della sentenza, che questi avrebbero potuto "raggiungere in pieno il loro scopo" anche senza "essere applicati simultaneamente in tutti gli Stati membri".

222. . Così' CONSTANTINESCO, op. cit., a p.273. Cfr. anche APOLLIS, op. e loc. cit.

223. Minori problemi di legittimazione del controllo giudiziale sorgerebbero ovviamente nel caso in cui la disparita' di trattamento fra gli Stati membri risultasse discriminatoria perche' "irrazionale", e cioe' perche' arbitraria rispetto al fine perseguito (in tal senso ci sembra possano essere lette le argomentazioni del Governo tedesco in Commissione c. Repubblica Federale, 63/74, Raccolta 1975, p.181, a p.186, allorché' afferma che "considerare le denominazioni 'Sekt' e 'Weinbrand' come misure d'effetto equivalente a restrizioni quantitative . . . mentre si ritengono conformi al diritto comunitario le denominazioni d'origine o le indicazioni di provenienza istituite da altri Stati membri, equivarrebbe ad una discriminazione a

danno della Repubblica Federale"). Tuttavia e' verosimile ritenere che nella maggior parte delle ipotesi l'ente normatore sara' in grado di fornire una giustificazione della classificazione in punto di razionalita', la vera questione risultando quindi piuttosto quella della compatibilita' della differenziazione introdotta con altri valori sostanziali di giustizia distributiva, quali appunto quelli richiamati nel testo.

224. 131/78, Raccolta 1979, p.1147, e 118/78, Raccolta 1979, p.1387. Si tratta di due casi paralleli nei quali la Corte ha invocato appunto il principio della eguaglianza degli Stati membri di fronte al diritto comunitario per escludere che l'eccezione all'applicabilita' degli artt.30 e ss. del Trattato di Roma, prevista dall'art.60,2 dell' "Atto di accessione" alle Comunita' di Regno Unito, Irlanda e Danimarca a vantaggio di tali Stati, potesse valere anche dopo la fine del periodo transitorio previsto per l'adattamento graduale di tali nuovi Stati membri alla realta' comunitaria.

225. Supra, sub I.3.2., ove v. soprattutto i riferimenti al pensiero di ELY.

226. Cit., al cpv.22. Si noti che anche in questo caso la massima riportata potrebbe considerarsi obiter dictum qualora si ritenesse (come sembrano suggerire le conclusioni dell'Avv. Gen. Mayras, ibid., Raccolta 1973, a p.101) che qui la Corte non stia rispondendo alla tesi per cui l'atto, pur vincolante, era da considerare ingiusto perche' in conflitto con principi superiori di legalita' comunitaria, ma a quella, palesemente infondata, secondo la quale per le riserve mosse al momento della sua adozione l'Italia poteva considerarsi non vincolata giuridicamente dall'atto medesimo.

227. Ibid., Raccolta 1973, rispettivamente a p.106 e a p.121.

228. Cfr. in senso simile la sentenza Italia c. Consiglio, 166/78, Raccolta 1979, p.2575, in particolare ai cpv.14-15: senza giungere ad accettare la tesi del Consiglio (ibid., p.2580 ss.) e dell'Avv. Gen. Reischl (ibid., p.2604) per cui la partecipazione dello Stato membro ricorrente alla elaborazione ed approvazione della misura impugnata dovrebbe escludere la stessa ricevibilita' del ricorso, tesi che palesemente stravolgerebbe la logica stessa dell'art.173, la Corte da tuttavia qualche rilievo al fatto che tale Stato aveva avuto l'opportunita' di influire sul processo

decisionale allorche', nell'ammettere l'impugnabilita' di decisioni del Consiglio contenenti "generalizzazioni" solo per "errore grave" di valutazione, fa ricadere l'onere della prova di tale errore sulla parte ricorrente, e questo, osserva, tanto piu' quando si tratti di un Governo che ha avuto modo di partecipare, tramite i suoi rappresentanti in seno al Consiglio, alle stesse deliberazioni oggetto di impugnazione.

229. Sentenza in causa 5/67, Raccolta 1968, p.113, relativa al carattere parzialmente protezionistico di una tassa compensativa su importazioni di ortofrutticoli dal mercato esterno.

230. Sentenza in causa 73/69, Raccolta 1970, p.467, relativa alla legittimita' del riconoscimento al solo importatore da paesi terzi, e non anche all'importatore intracomunitario, della facolta' di domandare la prefissazione del prelievo all'importazione, per tutelarsi da fluttuazioni dei prezzi (ritenute molto piu' rilevanti sul mercato mondiale che su quello interno comunitario).

231. Sentenza in causa 6/71, Raccolta 1971, p.823, in particolare al cpv.17, relativa ad un regime di restituzioni alle esportazioni che consentiva che le esportazioni verso gli Stati membri fossero sottoposte a condizioni eguali, o anche meno vantaggiose, di quelle riservate ad esportazioni verso determinati Stati terzi.

232. Sentenza in causa 55/72, Raccolta 1973, p. 1973, relativa ad una decisione della Commissione che nel fissare i prezzi franco frontiera per l'importazione in Germania di mais proveniente dall'Italia, aveva di fatto favorito, rispetto alla produzione tedesca, mais che operatori italiani importavano dal mercato mondiale per farne poi oggetto di riesportazione.

233. Sentenza in causa 55/75, Raccolta 1976, p.19, in particolare al cpv.15, relativa al miglior trattamento riservato ai prodotti di uno Stato membro rispetto ai prodotti di uno Stato terzo nell'applicazione di un sistema di importi monetari compensativi.

234. Sentenza in cause riunite 56 - 60/74, Raccolta 1976, p.711, in particolare al cpv.19, relativa ad un sistema di controllo del mercato che, mantenendo una certa diversita' fra prezzo d'intervento e prezzo d'entrata del grano duro a garanzia

degli Stati membri produttori, comportava maggiori costi per gli operatori economici costretti ad acquistare sul mercato mondiale a prezzi piu' elevati.

235. In tal senso il principio non puo' essere richiamato per giustificare disparita' di trattamento fra beni di origine comunitaria, ad esempio per imporre che le esportazioni verso Stati terzi vengano sfavorite rispetto alle esportazioni verso stati membri: cfr. in tal senso la sentenza Rheinmuehlen, cit., e le conclusioni dell'Avv. Gen Dutheillet de Lamothe nello stesso caso, ibid., Raccolta 1971, a p.851 s.

236. Provvedimenti di questo genere possono venire adottati quando accordi internazionali proibiscano dazi doganali o misure equivalenti: cfr. ad esempio il regolamento del Consiglio n.136/66 (G.U.C.E., 1966, n.3025, p. 66 ss.) relativo alla organizzazione comune dei mercati nel settore dei grassi, e le sovvenzioni all'acquisto dei prodotti comunitari ivi previste.

237. Ad esempio, applicazioni differenziate degli importi monetari compensativi: cfr. la sentenza Balkan II, cit.

238. Beus, cit., a p.132. Ma v. anche Balkan II, cit., in cui la Corte parla del "principio generale della preferenza comunitaria".

239. Cfr. BOULOIS, CHEVALLIER, Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes, Tome I, II ed., 1974, a p.104 ss., e DRUESNE, "La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes en matière agricole (1958-1977) - Septieme theme: Principe de la preference communautaire", RMC, 1979, n.226, p. 219 ss.

240. Questa tesi e' accennata dall'Avv. Gen. Reischl nelle sue conclusioni al caso Koninlijke Scholten Honig, cit., Raccolta 1978, a p. 2029, che richiama posizioni in tal senso espresse dal Consiglio nelle cause riunite 103 e 145/77, cit., Raccolta 1978, a p.2059. V. pure, sempre in riferimento a questa giurisprudenza, MEGRET, "La politique agricole commune et le principe de non discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes", RTDE, 1979, p. 480 ss., a p.487, allorché da rilievo al fatto che l'isoglucosio viene estratto da un bene prevalentemente importato da Stati terzi ed e' prodotto sulla base di una licenza statunitense.

241. Cfr., ad esempio, DRUESNE, op. ult. cit., a p.219, per il quale la preferenza comunitaria costituirebbe "la raison principale de l'insertion de l'agriculture dans le traite' de Rome: garantir aux agriculteurs des Etats membres l'ecoulement de leur production, en les protegeant de la concurrence des marchandises en provenance de pays tiers".

242. Cit. supra, ibid. V. anche le osservazioni dell'Avvocato Generale in Rheinmuehlen, cit., ibid., sulla necessita' di non attribuire alla nozione di preferenza comunitaria "una portata eccessiva", e, per una conferma a contrario la sentenza Duerbeck, cit., ai cpv.42-44.

243. "Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione" ecc., cit., a p.354 ss.

244. Cit., al cpv. 9.

245. Cit., al cpv. 20.

246. Si noti che, come puo' desumersi da OGUS, BARENDT, The Law of Social Security, 1978, p.421 s., la funzione della norma britannica oggetto del caso era appunto quella di evitare effetti del genere sul piano interno.

247. Per un simile approccio v. la sentenza Kuyken, 66/77, Raccolta 1977, p.2311, in particolare ai cpv.20-21, in cui la Corte si disinteressa dei possibili effetti discriminatori derivanti dalla mancata equiparazione, ai fini della concessione di sussidi di disoccupazione, fra gli studi svolti all'estero e quelli compiuti all'interno dello Stato.

248. Così' OLIVER, Free Movement ecc., cit., a p.84, ove si assume che attraverso disposizioni del genere non verrebbe leso l'interscambio comunitario, ma semmai un diritto di accesso al mercato, un "fundamental right to sell goods commercially" che non potrebbe considerarsi di per se' garantito dall'ordinamento delle Comunita' (si noti tuttavia che l'Autore limita la applicabilita' di questo approccio ai soli standards tecnici, riconoscendo ad esempio che controlli superflui alle frontiere sui flussi commerciali non perderebbero la loro illiceita' qualora venissero adottati da tutti gli Stati membri: di tale limitazione non viene tuttavia fornita alcuna spiegazione). Cfr. anche le simili tesi di SCHILLER, "Gewahrt Art.30 des EWG - Vertrages dem Gemeinschaftsbuerger neben einem subjektiven Abwehrrecht auch ein subjektives Leistungsrecht?", cit., e di GRABITZ, "Das Recht auf Zugang zum Markt nach dem EWG - Vertrag", in STOEDTER, THIEME, Festschrift fuer Hans Peter Ipsen zum 70. Geburtstag, 1977, p. 645 ss..

249. Cit., al cpv.14: "non sussiste alcun valido motivo per impedire che bevande alcoliche, a condizione che esse siano legalmente prodotte e poste in vendita in uno degli Stati membri, vengano introdotte in qualsiasi altro Stato membro".

250. Cfr. Gilli, cit., ove al cpv.12 la Corte, conformandosi alle tesi espresse dalla Commissione (ibid., Raccolta 1980, a p.2075, corsivo aggiunto: "poiche' la Repubblica Federale di Germania autorizza il commercio di tutti gli aceti, la normativa italiana in materia configura quindi una barriera assoluta che ostacola direttamente ed effettivamente il commercio intracomunitario, in particolare modo le esportazioni di aceto di mele provenienti dalla Germania"), afferma che le restrizioni in esame costituiscono misure di effetto equivalente vietate "qualora si tratti di aceto legalmente prodotto e messo in commercio in un altro Stato membro".

251. Per un approccio diverso, e conforme a quanto sostenuto da noi nel testo, v. tuttavia le conclusioni dell'Avv. Gen. Capotorti in Oebel, cit., Raccolta 1981, a p.2026 s., ove viene qualificata come misura di effetto equivalente a una restrizione quantitativa all'esportazione un divieto di produzione in fasce orarie notturne, senza alcun previo accertamento in merito all'esistenza o meno di simili limitazioni nello Stato importatore, ritenendosi sufficiente constatare che "limitare l'orario di lavoro significa . . . limitare la produzione e indirettamente le correnti di esportazione delle merci prodotte".

252. Come si e' gia' detto, e come si osservera' piu' ampiamente fra breve, la nozione "matura" di efficienza liberoconcorrenziale adottata dall'ordinamento legittima infatti determinati tipi di interventi normativi restrittivi.

253. Cit., al cpv.21 (il corsivo e' aggiunto).

254. Cit., Raccolta 1976, a p.529.

255. Cit., Raccolta 1979, a p.1142 s., ove si argomenta in tal senso dal fatto che alla discriminazione fondata sulla nazionalita' si riferiscono soltanto i nn.2, 3(c) e, forse implicitamente, 3(d) e 4 dell'art.48, e dal fatto che il n.3(b) attribuisce al lavoratore cittadino di un qualsiasi Stato membro il diritto di "spostarsi liberamente . . . nel territorio degli Stati membri" e non semplicemente di "spostarsi liberamente da uno Stato membro all'altro".

257. Supra, sub V.1.2., allorché si e' analizzato il "profilo tipico" delle discriminazioni fra operatori economici nel mercato comune, sottolineando come le sentenze Kramer e Van Haaster

sembrino indicarne la rilevanza anche per la materia della libera circolazione delle merci.

258. E' chiaro infatti che le conclusioni cui si giungera' potranno valere soltanto in riferimento ai tre settori di diritto materiale delle Comunita' Europee considerati in questo lavoro: resta tuttavia ferma la presunzione, posta in sede di introduzione, che tale campione possa ritenersi sufficientemente rappresentativo del fenomeno giuridico comunitario e quindi idoneo a consentire generalizzazioni dei risultati dell'indagine.

259. Così' si esprime. in riferimento alla giurisprudenza *ex artt. 30 e 34*, ma in base a motivazioni generalizzabili, BARENTS, "New Developments in Measures having Equivalent Effect", cit., a p.271 s. Ma v. anche la simile posizione di APOLLIS, "Le principe de l'egalite'" ecc., cit., a p.81 e p.84.

260. Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés Europeennes, cit., a p.105 (gli Autori si riferiscono alla tecnica per l'individuazione dei "principi generali" di diritto comunitario).

261. Sia pure con accenti diversi, concordano sul punto tutti gli Autori che si sono occupati della questione: per una ricostruzione del dibattito in materia v. CONSTANTINESCO, "La constitution economique" ecc., cit., a p.277 ss., secondo il quale la CEE si ispira ai principi di una "economie de marche' controllee' et a' caractere social".

262. Nella sentenza Groupement des industries luxembourgeoises, cit., Raccolta 1956, p.53, a p.89.

263. Sui concetti di "fine", "strumento" e "principio" quali strumenti ermeneutici necessari per la interpretazione della "costituzione economica" vigente in un dato sistema politico, v. CONSTANTINESCO, op. cit., a p.249 ss., e la letteratura, soprattutto tedesca, ivi citata.

264. V. infatti il Rapporto Spaak, 1956, a p.15. V. anche REUTER, Organizations Europeennes, 1965, p.184 ss.

265. Così, quasi letteralmente, MONACO, "Commento all'art.2", in QUADRI, MONACO, TRABUCCHI, Commentario CEE, cit., a p.35.

266. L'efficace espressione e' usata dal MATTERA, "Circolazione delle merci nei paesi della CEE", cit., a p.1197 s., per la definizione del concetto di unione doganale di cui all'art.3.

267. Che siano questi i "mali" che la norma cerca di colpire e' sostenuto da OLIVER, Free Movement ecc., cit., a p.78 s.

268. Così' SUNDBERG-WEITMAN, Discrimination on Grounds ecc., cit., a p.128 ss., ove vengono richiamate a sostegno le osservazioni conformi contenute nel Rapporto Spaak, cit., alle pp.17 ss. e 94.

269. Che le restrizioni all'esercizio da parte di stranieri di attività economiche rappresentino un fenomeno nuovo, sviluppatosi solo all'indomani dei due conflitti mondiali quale componente di politiche economiche protezionistiche e' affermato dall'Autrice ult. cit., ibid.

270. Nel senso specificato supra, sub V.1.1., ove si e' notato come di "rilevanza comunitaria" possano essere considerati anche rapporti o situazioni coinvolgenti cittadini dello Stato membro (ad esempio, emigranti) o beni originari di questo (ad esempio, esportazioni).

271. V. soprattutto le tesi già ricordate (supra, sub V.1.) dell'Avv. Gen. Reischl nelle sue conclusioni al caso Blesgen.

272. Per riprendere l'esempio portato dall'Avv. Gen. Reischl in Blesgen, op. cit., Raccolta 1982, a p.1239, il fatto che un divieto di vendita di superalcolici parimenti applicabile alle merci prodotte all'interno ed alle merci importate favorisca l'industria della birra non rilevera' come indizio di protezionismo, data la mancanza di un rapporto diretto di succedaneità tra i due beni (naturalmente, aggiungiamo noi, nell'ipotesi in cui avvantaggi la birra tanto nazionale che estera, che' altrimenti si avrebbe una discriminazione "indiretta" in relazione all'origine del bene), ma potrà certo indicare l'esistenza di una distorsione (presumibilmente causa di inefficienza) nell'assetto dei flussi commerciali quale si

sarebbe determinato lasciando liberta' d'azione alle forze di mercato.

273. V. supra, sub V.1.3. e l'interpretazione li' data di Cassis de Dijon. Ma v. anche la precedente sentenza Commissione c. Italia, 24/68, Raccolta 1969, p.193, cpv.6, nella quale in riferimento al divieto di dazi doganali si osserva come questo abbia un valore "assoluto" non colpendo soltanto misure protezionistiche, cio' che presupporrebbe necessariamente l'esistenza di una produzione nazionale concorrente, ma qualsiasi ostacolo tariffario alla libera circolazione delle merci nel mercato comune.

274. Così l'Avv. Gen. Lagrange in Governo della Repubblica Francese c. Alta Autorita', 1/54, Raccolta 1954, p. 7, a p.56.

275. Cfr. sul punto HARRIS, "The Application of Article 36 to Intellectual Property", ELR, 1976, p.515 ss., a p.518 s., e le sentenze ivi richiamate. V. anche BARENTS, "New Developments" ecc., cit., a p.271 s., allorché sottolinea come in Dassonville la Corte utilizzi rispetto all'art.30 la stessa formula elaborata in precedenti casi per interpretare la clausola sui "pregiudizi al commercio" intracomunitario dell'art.85.

276. Cfr. l'applicazione analogica alla materia delle pratiche private restrittive della concorrenza dei principi ex art.36 sulla legittimita'di ostacoli agli scambi derivanti dall'esercizio di diritti di proprieta' industriale, realizzata dalla Corte nel caso Sirena, 40/70, Raccolta 1971, p.69, ai cpv. 4-5.

277. Cfr. i cpv. 34-35 della sentenza INNO, cit., in cui si afferma che un provvedimento statale che faciliti lo sfruttamento abusivo da parte di un privato di una posizione dominante si' da pregiudicare la liberta' di commercio nel mercato comune sara' in ogni caso incompatibile con il diritto comunitario in quanto in violazione degli artt.30 e 34; posizione, questa, ripresa dall'Avvocato Generale nel successivo caso Van Tiggele, cit., Raccolta 1978, a p.47 ss., allorché, dopo aver affermato che "fra gli articoli 30 e 34, da un lato, e gli articoli 85 e 86, dall'altro, non soltanto c'e' distinzione sotto il profilo dei destinatari dei divieti, ma anche sotto il profilo della natura dei comportamenti vietati", si sostiene che perche' gli artt.30 ss. possano essere invocati in connessione con gli artt.85-86 e' necessario provare che le misure pubbliche facilitano una

violazione delle regole di concorrenza da parte dei privati (nello stesso caso, la Commissione e la parte privata interveniente - rispettivamente, a p.35 ss. e a p.29 ss. - vanno anzi oltre affermando che andra' direttamente dichiarata l'incompatibilita' con gli artt.30 e 34 ogni qual volta gli Stati membri pongano in essere atti o comportamenti normativi che, se assunti da privati, risulterebbero censurabili ai sensi degli artt.85 e 86).

278. E' ormai comunemente accettato infatti che anche nei periodi storici in cui la "neutralita'" dello Stato rispetto alla dinamica dei rapporti economici e' stata fermamente proclamata all'insegna di principi di liberismo "puro", l'autorita' pubblica e' poi in realta' egualmente intervenuta sul mercato, sia pure in forme diverse da quelle contemporanee, svolgendo altrettanto indispensabili funzioni per il "governo della economia".

279. E' chiaro che questi obbiettivi possono giustificarsi anche per ragioni di politica sociale (garanzia di un equo tenore di vita agli agricoltori) o di politica estera (indipendenza economica degli Stati terzi): cio' non toglie, tuttavia, che essi possano considerarsi pure quali elementi caratterizzanti una struttura di mercato efficiente, risultando quindi rilevante, per il discorso che si va qui conducendo, che l'ordinamento ammetta la possibilita' che essi non vengano conseguiti attraverso l'autonomo operare del meccanismo concorrenziale.

280. Per degli esempi concreti v. le sentenze Kramer e Van Haaster, gia' richiamate supra sub V.1.2., nelle quali viene ammessa la compatibilita' con il diritto comunitario, rispettivamente, di quote di cattura della fauna ittica e di standards qualitativi minimi per la commercializzazione di fiori, nella misura in cui tali provvedimenti appaiono necessari ad una gestione "razionale" dei relativi mercati. Ma cfr. anche, in una materia diversa da quella dell'agricoltura, le posizioni della Commissione in Van Tiggele, cit., Raccolta 1978, a p.35, ove viene dichiarata compatibile con gli artt.30 e 34 una normativa nazionale imponente margini di utile minimi la quale non limiti la concorrenza e gli scambi piu' di quanto richiesto dal legittimo scopo perseguito della razionalizzazione del mercato sotto il profilo della distribuzione delle merci.

281. Cfr. il combinato disposto dell'art.40,3,1, e dell'art.42.

282. Così MONACO, "Commento all'art.2", in QUADRI, MONACO, TRABUCCHI, Commentario CEE, cit., a p.36, in riferimento alla gradualità intesa come "progressività nel tempo".

283. Cfr. l'art.2 allorché nel definire "i compiti della Comunità" parla di "graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri" quale strumento per realizzare, fra l'altro, "uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità" ed una "espansione continua ed equilibrata" (l'enfasi è nostra): in realtà da tale norma può a nostro avviso astrarsi un principio interpretativo valido, come si diceva, per la generalità del diritto comunitario.

284. Così l'Avv. Gen. Capotorti nelle sue conclusioni al caso Valsabbia, cause riunite 154, 205, 226-228, 263 e 264/78 e 39, 31, 83 e 85/79, Raccolta 1980, p.907, a p.1042 ss., in riferimento ai presupposti per l'adozione ex art.61 CECA di misure straordinarie di fissazione di prezzi minimi per fronteggiare situazioni di crisi delle imprese siderurgiche.

285. V., ad esempio, il caso ult. cit., in cui la tesi delle parti private ricorrenti - per cui non poteva parlarsi di crisi ai sensi dell'art.61 CECA giacché le difficoltà riguardavano solo alcune imprese tecnologicamente arretrate mentre, lasciando le forze di mercato libere di agire, la chiusura di tali impianti vecchi ed improduttivi avrebbe condotto nel lungo periodo ad un nuovo e più efficiente equilibrio - viene rigettata dalla Corte (cpv. 44-64) e dall'Avvocato Generale (loc. ult. cit.) il quale in particolare afferma l'esistenza di un interesse pubblico non solo a mantenere livelli occupazionali che sarebbero altrimenti compromessi, ma anche, ciò che ci interessa in questa sede, a garantire alle imprese meno efficienti "un margine di manovra per cercare di ristrutturarsi", naturalmente attraverso misure provvisorie che proteggano esclusivamente quelle fra le imprese che siano capaci di ridiventare concorrenziali entro un ragionevole margine di tempo. Ma cfr. anche, molto più indietro nel tempo, le conclusioni dell'Avv. Gen. Lagrange in Federation Charbonniere de Belgique, 8/55, Raccolta 1955-1956, p.227, a p.264 ss., ove, in riferimento ad alcuni provvedimenti eccezionali assunti al fine di consentire l'integrazione dell'industria carbonifera belga nel mercato comune, si afferma la liceità di "provvedimenti dirigistici", in deroga alle normali regole di una economia di mercato, finalizzati a consentire il riammodernamento e la ristrutturazione di imprese che non siano ancora in grado di affrontare la concorrenza nel mercato comune; oppure il richiamo dello stesso Avvocato Generale

nel caso Wirtschaftsvereinigung Eisen -und Stahlindustrie, 13/57, Raccolta 1958, p.297, a p.316, alle osservazioni del REUTER, "Regolamentazione indiretta del mercato", in CENTRO ITALIANO DI STUDI GIURIDICI, Actes officiels du Congres international d'etudes sur la C.E.C.A., 1958, p.14 ss., per il quale "benche' secondo lo spirito del Trattato ci si debba rivolgere ogni qual volta cio' sia possibile al meccanismo dei prezzi per assicurare il funzionamento del mercato, l'esperienza dimostra che a delle disparita' di trattamento - ad esempio tra le condizioni a cui sono ottenuti i rifornimenti provenienti da diverse fonti o tra le possibilita' di smercio dei prodotti sui vari mercati o, infine, tra le stesse condizioni di produzione delle diverse imprese nelle varie regioni - non si puo' ovviare in modo abbastanza rapido e senza inconvenienti mediante il semplice gioco dei prezzi. In questo caso l'istituzione di certe compensazioni puo' apparire necessaria.". Similmente v. poi OLIVIER, "Commento all'art.4", in QUADRI, MONACO, TRABUCCHI, Commentario CECA, cit., a p.94, per il quale una illimitata concorrenza in un settore, come quello dell'industria pesante, soggetto a rilevanti spese fisse "potrebbe dar luogo in fase di bassa congiuntura alla chiusura di unita' di produzione in realta' pienamente redditizie e necessarie nell'alta congiuntura per sopperire ai fabbisogni degli utilizzatori e dei consumatori". Per un medesimo approccio in una materia diversa, v. infine la disposizione consueta nei regolamenti istitutivi delle organizzazioni comuni dei mercati agricoli, e rimodellata su quanto previsto dall'art.226 del Trattato di Roma per il solo periodo transitorio, secondo la quale "in caso di perturbazione o di rischi di perturbazioni sul mercato" la Commissione puo' autorizzare lo Stato interessato ad assumere misure di salvaguardia al fine anche di favorire l'adattamento al mercato comune di attivita' economiche strutturalmente efficienti ma che si trovino inizialmente in difficolta' a reggere la concorrenza (v. GORI, "Commento all'art.226", in QUADRI, MONACO, TRABUCCHI, Commentario CEE, cit., p.1642 ss., a p.1643, e DRUESNE, "La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Europeennes en matiere agricole (1958 - 1977). Cinquieme theme: Principe de proportionnalite'", RMC, 1979, n.224, p.84 ss., a p.89 ss.).

286. Cfr. in tal senso SUNDBERG-WEITMAN, Discrimination on Grounds ecc., cit., a p.128 ss.

287. Qualche dubbio solleva il testo dell'art.39 che, ricollegando attraverso la congiuntiva "cosi'" le finalita' previste dalla lettera b (equo tenore di vita degli agricoltori) a quelle di cui alla lettera a (razionalizzazione dei mercati) potrebbe essere interpretata nel senso che le prime possono conseguirsi esclusivamente attraverso le seconde, ad esempio,

aumentando la produttività e diminuendo i costi ma mai agendo d'imperio sui prezzi: sulla infondatezza di una simile interpretazione, anche per ragioni di incompatibilità con altre disposizioni del Trattato (gli artt.40,3 e 44,1) o di diritto comunitario derivato (p.e., art.6,4, ult. comma, del reg.19/62), v. OLMI, "Commento all'art.39", in QUADRI, MONACO, TRABUCCHI, Commentario CEE, cit., p.253 ss., a p.257 s., e, per una conferma giurisprudenziale, le posizioni dell'Avv. Gen. Capotorti cit. alla nota seguente e testo relativo.

288. Così l'Avv. Gen. Capotorti nel caso Bela Muehle, cit., Raccolta 1977, a p.1228 s., appunto in risposta alla tesi secondo cui l'equo tenore di vita della popolazione agricola dovrebbe essere garantito soltanto seguendo le linee di azione di politica economica riformatrice indicate dall'art.39,1,a.

289. Per due casi giurisprudenziali, fra i tanti richiamabili, v. Italia c. Consiglio, 166/78, Raccolta 1979, p.2576, ai cpv.18-21, in cui si nega che costituisca discriminazione comunitariamente illecita la disparità di trattamento posta in essere, concedendo un premio ai produttori di un bene in crisi a causa della accresciuta competitività dei beni concorrenti quando tale misura risulti indispensabile per preservare i livelli di reddito nel settore agricolo interessato, e Maizena, 139/79, Raccolta 1980, p.3393, ai cpv.22-24 e 27-28, in cui per motivi simili viene ammessa la liceità di un sistema di quote alla produzione di isoglucosio finalizzato alla protezione dei produttori di zucchero dalla concorrenza ad essi mossa da tale nuovo edulcorante. Ma cfr. anche l'art.42,2 che espressamente autorizza il Consiglio a concedere aiuti "per la protezione delle aziende sfavorite da condizioni strutturali o naturali" oltre che "nel quadro di programmi di sviluppo economico".

290. Cfr. l'art.42,1, in base al quale "le disposizioni del capo relativo alle regole di concorrenza sono applicabili alla produzione e al commercio dei prodotti agricoli soltanto nella misura determinata dal Consiglio . . . avuto riguardo agli obiettivi enunciati nell'art.39", e, per una riconferma di tale principio nel diritto derivato, il reg. del Consiglio 26/62 (G.U.C.E., 1962, n.30, p.993 ss.) che prevede in via eccezionale la non applicabilità degli artt.85-90 ad accordi o pratiche private relative alla produzione ed al commercio di prodotti agricoli, qualora queste formino parte integrante di una organizzazione nazionale di mercato o siano necessarie per il conseguimento degli obiettivi di cui all'art.39.

291. "Risoluzione di Stresa", Parte III, punto VIII, in G.U.C.E., 1958, n.11, p.281 ss.

292. Si noti che e' solo in una situazione del genere, alquanto fuori del comune per quanto riguarda i mercati agricoli, che l'obbiettivo di cui alla lettera e dell'art.39,1, potra' porsi in contrasto con quello della efficienza economica: nell'ipotesi, piu' frequente, in cui sia il mercato stesso a spingere i prezzi verso il basso per l'esistenza di eccessi di produzione, l'interesse dei consumatori, valendo soprattutto a limitare gli interventi protezionistici a favore dei produttori agricoli, finira' infatti facilmente per coincidere con l'interesse a che il gioco concorrenziale non subisca a causa di tali interventi lesioni eccessive o sproporzionate.

293. Ma si pensi anche al protezionismo nei confronti della produzione dei paesi terzi attuato attraverso misure quali, ad esempio, sussidi alle esportazioni ("restituzioni") o oneri sulle importazioni ("prelievi"), e giustificato appunto con la necessita' di garantire, tra l'altro, un certo livello di vita ai produttori comunitari: cfr., molto chiaramente sul punto, l'Avv. Gen. Dutheillet de Lamothe in Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Raccolta 1970, p. 1125, p.1150 ss.

294. Caso cit., ai cpv.22-24 della sentenza, in cui si richiama la gia' ricordata disposizione dell'art.42,1; conforme l'Avv. Gen. Reischl, ibid., Raccolta 1980, p.3376 ss., per il quale, poiche' "i principi del diritto della concorrenza hanno in materia agricola solo importanza relativa e subordinata, e comunque non possono essere considerati norme vincolanti per il legislatore comunitario", va rigettato l'argomento della parte privata, a nostro avviso invece del tutto fondato, per cui le istituzioni comunitarie sarebbero obbligate quando emanano normative in materia agricola a non assoggettare la concorrenza a restrizioni piu' gravi di quanto non sia necessario per il raggiungimento degli scopi di cui all'art.39. Ma cfr. anche la sentenza Europemballage Corporation, 6/72, Raccolta 1973, p.245, ove al cpv.24 si riconosce che il principio di cui all'art.3,f, secondo il quale l'azione delle Comunita' importa "la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune", deve valere come limite di portata generale alla operativita' delle altre disposizioni del Trattato.

295. Esistono tuttavia casi nei quali la Corte sembra invece seguire l'approccio da noi suggerito: cfr., p.e., il concetto di "concorrenza equilibrata" utilizzato nella sentenza Hoffmann's

Starkefabriken, cit., e che, come si dira' fra breve, potrebbe indicare un obbligo di far salva la dinamica del libero mercato nella maggior misura compatibile con la realizzazione degli interventi "dirigisti", obbligo cui farebbe da pendant appunto il controllo di razionalita' richiamato nel testo. Cfr. anche il caso Italia c. Consiglio, 166/78, cit., nel quale, nel valutare la legittimita' di un premio alla produzione stabilito dalle istituzioni per proteggere un dato bene dalla maggiore competitivita' del prodotto concorrente, l'Avv. Gen. Reischl (Raccolta 1979, p.2617) pone come condizione che il premio non ecceda lo scopo del regolamento, che e' quello di ristabilire l' "equilibrio" fra i due beni, e non finisca per "(f)avorire unilateralmente" i produttori beneficiari: poiche' una misura che annulla il vantaggio concorrenziale di un bene rispetto ad un altro per definizione lo "favorisce unilateralmente", si deve ritenere che l'Avvocato Generale si stia qui riferendo ad altro, e precisamente alla necessita' che la limitazione del gioco concorrenziale cosi' posta non vada al di la' di quanto strettamente necessario.

296. Cfr. in senso simile DRUESNE, "La jurisprudence" ecc., op. ult. cit., e VAJDA, "Some Aspects of Judicial Review within the Common Agricultural Policy", cit., a p. 343 s. (ove si richiamano a sostegno le sentenze Werhahn, cit., e Kampffmeyer, 56-60/74, Raccolta 1976, p.711), per i quali qualsiasi atto della politica agricola comune limitativo del gioco concorrenziale dovrebbe considerarsi come deroga ad un principio fondamentale del Trattato e percio' dovrebbe essere interpretato restrittivamente.

297. Caso cit., Raccolta 1977, p.1211 ss.: le tesi richiamate della Commissione sono a p.1216, quelle dell'Avv. Gen. Capotorti a p.1233, mentre per la Corte va considerato il cpv.7 della sentenza.

298. Sull'atteggiamento in generale della giurisprudenza rispetto alla "hierarchisation des buts de la politique agricole commune" e sul suo "caractere circonstantiel et evolutif", v. DRUESNE, "La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Europeennes en matiere agricole (1958 - 1975) - Premiere theme: Les buts de la politique agricole communautaire", RMC, 1978, n.220, p.468 ss., a p.470 ss.

299. Cfr. a questo proposito quanto gia' osservato nel nostro lavoro "Principio di eguaglianza" ecc., cit., p.327, nota 14.

300. Per usare le parole del DWORKIN (Roland), "Justice and Rights", in Taking Rights Seriously, 1977, p.150 ss., passim.

301. Sulla comune prospettiva in cui le due istituzioni operano cfr. le osservazioni di PAOLINI, "Commento all'art.123", in QUADRI, MONACO, TRABUCCHI, Commentario CEE, cit., p.960 ss., in particolare a p.962.

302. Nella seconda ipotesi, cioè, lo spostamento di risorse in contrasto con la loro allocazione "naturale" effetto del libero operare delle forze di mercato avverrebbe anche a tutela di regioni le cui difficoltà siano dovute ad una arretratezza strutturale e non solo a temporanei scompensi prodotti dalla rapidità della integrazione economica, e questo appunto come espressione della solidarietà che lega gli Stati membri imponendo di evitare, o limitare, le conseguenze destabilizzanti che la creazione del mercato comune può avere per gli Stati, o per i territori, meno sviluppati.

303. Cit., in particolare al cpv.59.

304. Cfr. sul punto le osservazioni del CONSTANTINESCO, cit. supra alla nota 201.

305. "L'arret 'Cassis de Dijon' : une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur", RMC, 1980, p.505 ss., a p.513.

306. Che ciò valga senz'altro per i tesori storici o archeologici, mentre invece per i tesori artistici basterebbe la proprietà del bene da parte dello Stato membro interessato, e' sostenuto dall'OLIVER, Free Movement ecc., cit., a p.144.

307. E' la dottrina formulata dalla Corte nelle sentenze Nold II, Stauder e Internationale Handelsgesellschaft, illustrata e commentata supra, sub II.1.3.2.

308. Così la SUNDBERG-WEITMAN, Discrimination on Grounds ecc., cit., che richiama il Preambolo del reg.1612/68 nel quale la libertà di circolazione viene qualificata come un "diritto fondamentale" dei lavoratori e delle loro famiglie.

309. LEVI SANDRI, "Commento all'art.48", in QUADRI, MONACO, TRABUCCHI, Commentario CEE, cit., p.380 ss., a p.381, per il quale la circolazione delle persone va infatti considerata come "qualcosa di piu' elevato e di piu' impegnativo della liberta' di movimento di un fattore della produzione", anche in considerazione di quella "unione sempre piu' stretta tra i popoli europei" che il Preambolo del Trattato di Roma dichiara di voler perseguire attraverso l'integrazione europea. Ma v. anche sul punto BIANCHI, "Osservazioni sulla libera circolazione dei lavoratori dipendenti all'interno della Comunita' Europea", in Foro pad., 1979, p.1 ss., e gli Autori ivi citati alla nota 1.

310. Naturalmente si prescinde qui da iniziative de jure condendo quali quelle che, nell'ambito del riconoscimento dei c.d. "diritti speciali" (su cui v. GAJA, "L'attribuzione dei diritti speciali ai cittadini delle Comunita' secondo il Parlamento europeo", RDI, 1978, p.943 ss.), prevederrebbero appunto il diritto dei cittadini di uno Stato membro di dimorare ad libitum sul territorio degli altri Stati membri, indipendentemente dunque dal possesso della qualifica di lavoratore o dallo scopo del soggiorno: sul punto cfr. TIZZANO, "Circolazione dei servizi nei paesi della CEE", in Novissimo Digesto Italiano, App., 1980, p. 1209 ss., a p.1213 e NASCIMBENE, Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo, cit., p.427 ss., in particolare alla nota 25.

311. Cfr., ad esempio, i cpv.4-5 della sentenza Walrave, 36/74, Raccolta 1974, p.1418, in cui, in riferimento all'applicabilita' del divieto di discriminazioni in base alla nazionalita' di cui all'art.48 alla materia della formazione delle squadre sportive, si dichiara che "considerati gli obbiettivi della Comunita', l'attivita' sportiva e' disciplinata dal Trattato solo in quanto configurabile come attivita' economica".

312. Cfr. conforme COHEN-JONATHAN, "La Cour des Communautés Europeennes et les droits de l'homme", RMC, 1978, n.214, p. 74 ss., a p. 79 ss., per il quale l'art.7 e' l'espressione di una mera necessita' economica e non persegue alcuno scopo sociale o umanitario.

313. A tale conclusione condurrebbe invece l'approccio suggerito dal LEVI SANDRI nel suo Commento agli artt.117 - 122 (in QUADRI, MONACO, TRABUCCHI, Commentario CEE, cit., p.947 ss., passim) per cui, quale che sia stata originariamente la ragione per l'inclusione nel Trattato di Roma di disposizioni di

carattere sociale, e cioe', come si ammette, in massima parte preoccupazioni di ordine economico, nondimeno tali disposizioni non potrebbero avere una finalita' diversa da quella che e' propria delle norme attraverso le quali si svolge la politica sociale in ogni Stato moderno democratico: e questo anche perche' l'integrazione economica va concepita come il semplice presupposto di una piu' ampia integrazione politica.

314. Com'e' noto, all'origine dell'inserzione della norma nel Trattato vi fu il timore della Francia, unico Paese ad avere attuato il principio della parita' salariale fra uomini e donne, che i prodotti degli altri Stati membri potessero godere, a danno dei prodotti francesi concorrenti, di una rendita di posizione dovuta appunto alla possibilita' di retribuire il lavoro femminile in misura inferiore: cfr., fra gli altri, VAN LINT, "L'egalite' des remunerations entre les travailleurs masculins et les travailleurs feminins pour un meme travail", CDE, 1968, p.375 ss., a p.383, che richiama in tal senso i "travaux preparatoires" (in senso atecnico) del Trattato di Roma, individuati nei processi verbali delle sedute di lavoro dei Ministri degli affari esteri nel corso della sua elaborazione e nelle motivazioni dei progetti di legge con cui i Parlamenti nazionali ne autorizzarono la ratifica. .

315. Cfr. in tal senso SPRUNG, in WOHLFARTH, EVERLING, GLAESNER, SPRUNG, Die Europaeische Wirtschaftsgemeinschaft - Kommentar zum Vertrag, cit., p.362 ss., a p. 363. V. anche le simili osservazioni di PAOLINI, op. cit., in QUADRI, MONACO, TRABUCCHI, Commentario CEE, cit., a p.960 ss., sulla funzione "riequilibratrice" del Fondo Sociale Europeo.

316. V. in particolare i cpv.12 e 13 della sentenza Cristini, 32/75, Raccolta 1975, p.1099, nella quale la Corte applica all'interpretazione del reg.1612/68 identici principi gia' formulati in relazione all'ambito materiale di operativita' della parallela disciplina sulla sicurezza sociale dei lavoratori migranti di cui al reg.1408/71 (vedine la ricostruzione nelle conclusioni dell'Avv. Gen. Trabucchi al caso Coniugi F., 7/75, Raccolta 1975, p.691, in particolare p.693 ss., ove vengono richiamate le affermazioni della Corte nelle cause Frilli, 1/72, Raccolta 1972, p.466, cpv.15, Calleyen, 187/73, Raccolta 1974, p.561, cpv.8 e Costa, 39/74, Raccolta 1974, p.1260, cpv.8; sulle possibilita' di analogie ed interpolazioni fra i due settori di diritto materiale comunitario v. anche le osservazioni del medesimo Avvocato Generale in Cristini, cit., Raccolta 1975, a p. 1085). Una posizione opposta era stata invece assunta dalla Corte

nel precedente caso Michel S., 76/72, Raccolta 1973, p.457, al cpv.9.

317. "La circostanza che una legislazione sociale non sia stata concepita espressamente per i lavoratori come tali, e che essa valga invece per la generalita' dei cittadini che non abbiano un reddito sufficiente, non esclude necessariamente la possibilita' che di essa si avvalgano anche i lavoratori o i loro familiari alle stesse condizioni dei cittadini" allorche' in tale legislazione si possa ravvisare "una funzione integrativa rispetto ad altre prestazioni previdenziali ritenute insufficienti": cosi' l'Avv. Gen. Trabucchi in Coniugi F., cit., Raccolta 1975, a p.694.

318. Sentenza in causa 63/76, Raccolta 1976, p.2067, al cpv.15/17, ove si ammette che l'obbligo, ex art.3,1 del reg.1408/71, della parita' di trattamento nel godimento di prestazioni previdenziali sussiste a vantaggio del figlio minorato del lavoratore immigrato anche dopo che questi abbia compiuto la maggiore eta', motivando col fatto che altrimenti il lavoratore desideroso di garantire al figlio la continuita' degli assegni resi necessari dalla minorazione sarebbe indotto a non rimanere nello Stato membro in cui si e' stabilito ed ha trovato lavoro, in contrasto con lo scopo perseguito dal principio della libera circolazione dei lavoratori nell'ambito della Comunita'. Cfr. anche in senso simile il cpv.20 della sentenza Coniugi F., cit.

319. Vedine una parziale ricostruzione nel nostro "Principio di eguaglianza" ecc., cit., a p.337.

320. Cosi' l'Avv. Gen. Trabucchi in Coniugi F., cit., Raccolta 1975, a p.693 ss., ove si sottolinea pure come il diritto comunitario non debba essere considerato "soltanto una meccanica disciplina dell'economia . . . ma (piuttosto) un ordinamento a misura della societa' che deve reggere . . . un diritto rispondente all'idea di giustizia sociale e alle esigenze dell'integrazione europea al livello non solo dell'economia ma anche dei popoli". Si noti tuttavia che, significativamente a conferma di quanto da noi osservato nel testo, l'Avvocato Generale non deriva da tali considerazioni un divieto generalizzato di discriminazioni lesive della dignita' umana del migrante, ma soltanto l'estensione del suo diritto alla parita' di trattamento rispetto a tutte quelle prestazioni sociali che appaiono necessarie per l'integrazione nella societa' del paese

ospite ed il cui diniego costituirebbe un ostacolo all'obbiettivo della liberta' di circolazione del lavoro salariato.

321. Così si esprime il V considerando della motivazione.

322. Cit., in particolare ai cpv.13-15 e 22.

323. Cfr. i cpv.15-17 in cui la Corte sottolinea la necessita' che l'attivita' lavorativa, per quanto parziale, sia "reale" ed "effettiva".

324. Per una loro sintetica descrizione si rinvia a NASCIMBENE, Il trattamento dello straniero ecc., cit., a p.357 ss.

325. NASCIMBENE, op. ult. cit., a p.363.

326. L'Autore ult. cit., a p.365, motivando l'insuccesso di molte di tali iniziative con le difficolta' che l'attribuzione generalizzata di benefici sociali a tutti i lavoratori operanti nel mercato comune incontra in un periodo di crisi economica in cui appare addirittura difficile il loro mantenimento a vantaggio dei cittadini degli Stati membri, indirettamente conferma l'assenza di un qualsiasi obbligo in tal senso delle istituzioni comunitarie.

327. Come gia' si notava, e' infatti frequente, soprattutto in giurisprudenza, la tendenza a derivare dal principio della "eguaglianza di fronte alla legge" un semplice "divieto dell'arbitrario": cfr. supra, sub III.2.

328. Cfr. CAPOTORTI, "Le principe d'egalite' en droit economique: Rapport communautaire", cit., in particolare a p.19.

329. Ad esempio, all'atto della adozione, in carenza di una disciplina comune, delle norme esecutive necessarie per la ripartizione fra gli operatori economici interessati di alcuni contingenti comunitari alle importazioni: sull'obbligo per gli Stati membri di fissare i relativi criteri "in modo non arbitrario" v. la sentenza Grosoli, 35/79, Raccolta 1980, p.177, al cpv.10.

330. V., p.e., l'art.226 che nel consentire alla Commissione di adottare durante il periodo transitorio misure di salvaguardia a tutela di Stati membri colpiti da gravi difficoltà economiche, fa obbligo di accordare la precedenza "a quelle che turbino il meno possibile il funzionamento del mercato comune": limite questo che, come mostra il caso Governo della Repubblica Italiana c. Commissione, 13/63, Raccolta 1963, p.258, legittima un'attenta verifica giudiziale della razionalità (soprattutto dal punto di vista della necessità e della proporzionalità) dei provvedimenti adottati.

331. Cfr. la sentenza Societe des Fonderies Pont-a-Mousson, 14/59, Raccolta 1959, p.437, in cui la Corte dall'art.3 del Trattato CECA che prescrive che le istituzioni agiscano unicamente "nell'interesse comune" deriva l'obbligo per l'Alta Autorità di considerare gli interessi particolari di tutti i soggetti che subiscono gli effetti delle sue decisioni, ed il corrispondente divieto di azioni che li pregiudichino "al di là del ragionevole", e cioè "in misura maggiore di quanto . . . necessario".

332. Sulla possibile "sovrapposizione" dei due principi, e sulla loro relativa equifunzionalità, v. quanto osservato supra, sub II.1.3.3.

333. V., tra le altre, la sentenza Royal Scholten Honig e Tunnel, cit., in particolare ai cpv.72-79, in cui, come si è detto, la Corte invalida un regolamento che mirava a compensare il vantaggio artificiale di cui un prodotto (l'isoglucosio) godeva rispetto al prodotto concorrente (lo zucchero) perché ritiene errata in punto di fatto la valutazione del valore di tale vantaggio e quindi sproporzionato l'onere compensativo stabilito. Per delle ipotesi di controllo di razionalità aventi esito positivo v. invece le sentenze Denkavit, 139/77, Raccolta 1978, p.1333, cpv.15-17 e Minotiers de la Champagne, cit., cpv.22/24 (in cui la discriminatorietà di un regolamento agricolo che dava origine a differenze di prezzo per produttori e consumatori di frumento è esclusa giacché tali differenze appaiono "funzione di criteri oggettivi").

334. Sentenze cit., rispettivamente, ai cpv.17 e cpv.4/5: ma per un simile approccio v. anche le conclusioni dell'Avv. Gen. Mayras nel precedente caso Royer, cit., Raccolta 1976, a p.523.

335. Sentenza cit., cpv.6-9.

336. Sentenza cit., cpv. 12-14 (per l'esattezza, in questo caso non entrava in gioco una norma statale ma una disposizione di un regolamento di una federazione sportiva). Posizioni simili erano state assunte dalla Commissione nel precedente caso Walrave, cit., Raccolta 1974, a p.1409.

337. Cfr., ad esempio, il cpv.21 di Watson in cui, dopo aver riconosciuto che le autorità nazionali hanno facoltà di comminare sanzioni agli stranieri che non rispettano l'obbligo di notificare la propria presenza sul territorio nazionale, la Corte afferma che "sarebbe tuttavia ingiustificato ricollegare a quell'inosservanza sanzioni talmente sproporzionate rispetto alla gravità dell'infrazione da risolversi in un ostacolo alla libera circolazione delle persone", ed il cpv.12 di Sagulo in cui similmente si dichiara che "in nessun caso siffatte sanzioni possono assumere una gravità tale da divenire un ostacolo alla libertà di ingresso e di soggiorno"; oppure i cpv.6-9 di Choquet ove si esclude la compatibilità con i principi in materia di libera circolazione delle persone di procedure interne per il riconoscimento di patenti di guida rilasciate da un altro Stato membro che "(n)on possano . . . essere ragionevolmente giustificate con le esigenze della sicurezza della circolazione sulle strade pubbliche", come nel caso in cui venissero richieste inutili ripetizioni di esami già sostenuti nel paese di origine oppure si imponessero oneri finanziari esorbitanti o ostacoli linguistici insormontabili. Sulla distinzione, non sempre del tutto chiara in queste sentenze, fra "necessità" e "proporzionalità" del comando normativo adottato v. più ampiamente infra, sub VI.1.3.

338. E precisamente con l'art.115 relativo alle misure di salvaguardia assumibili da parte degli Stati membri nel settore della politica commerciale.

339. Sentenza cit., cpv. 33-39.

340. Cit., ai cpv.5-9 (la sentenza non è chiara nel senso che non si comprende se per la Corte classificazioni normative fra beni o operatori economici finalizzate alla protezione delle denominazioni d'origine vadano ammesse, secondo la prospettiva da noi seguita nel testo e che sembra più corretta, perché "ragionevoli", e cioè non in conflitto con la nozione materiale di eguaglianza comunitaria, oppure perché rispetto ad esse opera una delle "deroghe" ai principi sulla libera circolazione delle merci). In senso simile cfr. anche le osservazioni della

Commissione in International Fruit, 51-54/71, Raccolta 1971, p. 1107, a p.1113.

341. Per degli esempi di valutazione da parte della Corte della razionalita' di un provvedimento derogatorio ex art.36 v. le sentenze De Pejiper, cit., ai cpv. 16/18 e 23/24 - 28, e Commissione c. Francia, 152/78, Raccolta 1980, p.2295, al cpv.18.

342. Sentenza cit., al cpv.8. Cfr. anche, per un'applicazione del controllo di razionalita' alla luce di tale dottrina, le successive sentenze Fietje, cit., cpv.9, e Gilli, cit., cpv.5-8.

343. Supra, sub V.2.

344. Così in Stoelting, 138/78, Raccolta 1979, p.713, cpv.10, in riferimento ad un regolamento agricolo che a vantaggio di determinati operatori prevedeva l'applicazione di tassi di cambio c.d. "verdi" invece di quelli ufficiali (la Corte afferma in realtà che tale disposizione da origine a "vantaggi o svantaggi che possono apparire come discriminazioni", ma dal complesso delle argomentazioni si desume che la classificazione così posta in essere è ritenuta fonte di discriminazioni reali, ma legittimate in deroga).

345. Cfr. i cpv.14-21 della sentenza Kampffmeyer, cit., relativa ad un sistema comunitario di prezzi amministrati e sovvenzioni in materia di grano che, a causa di variazioni intervenute nei prezzi di tale bene sul mercato mondiale, risultava fonte di un ingiustificato vantaggio concorrenziale dei consumatori francesi a danno di quelli tedeschi, in violazione degli imperativi di non discriminazione desumibili dagli artt.39 e 40 (per l'esattezza, la Corte si pronuncia nel senso dell'assenza di una "grave violazione" del Trattato ai fini della esperibilità dell'azione di responsabilità extracontrattuale; dato il tenore delle motivazioni, può tuttavia ritenersi che la Corte escluda in generale l'illegittimità del comportamento delle istituzioni):

346. Naturalmente, imporre la "conciliazione" o "armonizzazione" di finalità contrastanti può voler dire verificare (soltanto) la razionalità del "se" dell'eventuale prevalenza dell'una sull'altra (controlli di causalità e necessità), oppure anche la razionalità del "come" della prevalenza stessa (controllo di proporzionalità): sulla utilità di questo secondo approccio, e della più ampia valutazione che esso consente, ci si soffermerà infra, sub V.3.2: e VI.1.3.

347. Cfr. il cpv.24 della sentenza Balkan I, cit., ("L'art. 39 del trattato elenca i vari obiettivi della politica agricola comune. Alle istituzioni spetta il compito di coordinarli ed armonizzarli tra loro e, se necessario, di attribuire temporaneamente ad uno di essi la preminenza richiesta dalle circostanze economiche"). V. anche la precedente sentenza Beus, cit., Raccolta 1968, a p.132 (la Corte vi stabilisce l'obbligo per il Consiglio di "ponderare" i diversi e confliggenti obiettivi posti dall'art.39, ed ammette nel caso di specie una misura ispirata al principio della "preferenza comunitaria" in quanto la protezione dei produttori del mercato comune dalla concorrenza delle importazioni provenienti da Stati terzi, in contrasto con l'interesse dei consumatori a prezzi equi pure contemplato dall'art.39, appare garantita "solo entro limiti

ragionevoli"), e le conclusioni dell'Avv. Gen. Capotorti nel caso Bela Muehle, cit., Raccolta 1977, a p.1228. Contra, tuttavia, l'Avv. Gen. Reischl in Koninlijke Scholten Honig, cit., Raccolta 1978, a p.2023, ove si nega che le istituzioni, allorché decidono di attribuire prevalenza ad uno degli obbiettivi della politica agricola comune sull'altro, debbano poi motivare tale scelta provando che il sacrificio così realizzato è indispensabile. In dottrina, a favore di una interpretazione restrittiva dei regolamenti agricoli fonti di restrizioni al libero operare delle forze di mercato si pronunziano DRUESNE, "La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Europeennes en matiere agricole (1958-1977) - Cinquieme theme: Principe de proportionnalite'", cit., a p.84 ss., e VAJDA, "Some Aspects of Judicial Review within the Common Agricultural Policy", cit., a p.343 s.; ma cfr. anche, rispetto a questo particolare profilo, e ad ulteriore conferma della tendenza prevalente in giurisprudenza, il concetto di "concorrenza equilibrata", più volte utilizzato dalla Corte (p.e., in Hoffmann's Starkefabriken, cit., al cpv.12) e che sembrerebbe affermare un obbligo di far salvo il più alto grado di libertà di mercato compatibile con il perseguimento degli obbiettivi che impongono interventi "dirigisti", per coerenza con il fondamentale principio per cui "le restrizioni alla concorrenza che il trattato ammette in certi casi . . . trovano nelle disposizioni degli artt.2 e 3 un limite oltre il quale l'affievolirsi della concorrenza potrebbe mettere in pericolo il raggiungimento delle finalità del mercato comune" (Europemballage, cit., cpv.24).

348. Cfr. la sentenza Groupement des Hauts Fourneaux et Acieries Belges, 8/57, Raccolta 1958, p.215, a p.232, in cui si afferma che qualora risulti impossibile conseguire simultaneamente al massimo grado i vari obbiettivi di cui agli artt.2 e 3 del Trattato di Parigi, sussiste comunque un obbligo di tendere alla loro armonizzazione "per quanto è possibile", principio ribadito successivamente, p.e. nella sentenza Paesi Bassi c. Commissione, 28/66, Raccolta 1968, p.1, a p.17. Ma v. anche la sentenza Compagnie des Hauts Forneaux de Chasse c. Alta Autorita', 15/57, Raccolta 1958, p.147, a p.178, nella quale gli effetti pregiudizievoli sulla competitività di un certo prodotto derivanti da una misura volta a tutelare il "superiore interesse" della stabilizzazione del mercato di un altro prodotto vengono dichiarati compatibili con il divieto di discriminazioni purché gli interessi degli operatori economici danneggiati siano stati accuratamente valutati ed i danni siano stati limitati "per quanto possibile".

349. Italia c. Commissione, 13/63, Raccolta 1963, p.337, a p. 358 s. Come è noto, l'art.226 consente che durante il periodo

transitorio, in caso di difficoltà gravi in un settore dell'attività economica e che siano suscettibili di protrarsi, come anche in caso di difficoltà che possano determinare grave perturbazione in una situazione economica regionale, uno Stato membro possa domandare alla Commissione di essere autorizzato ad adottare misure di salvaguardia che consentano di ristabilire la situazione e di adattare il settore interessato all'economia del mercato comune.

350. Italia c. Consiglio, Raccolta 1979, p.2575, ai cpv.18-21. La possibilità di un controllo in punto di "necessità" è invece ammessa, sia pure con un linguaggio in parte ambiguo, dall'Avv. Gen. Reischl, ibid., a p.2617, allorché sottolinea che la misura andrebbe censurata qualora, eccedendo il proprio scopo, che è quello di ristabilire l'"equilibrio" sul mercato, risultasse "favorire unilateralmente" i produttori beneficiari del premio a danno dei loro concorrenti.

351. Cfr. le osservazioni dell'Avv. Gen Lagrange nella causa Wirtschaftsvereinigung Eisen -und Stahlindustrie, 13/57, Raccolta 1958, p.229, a p.336.

352. È frequente che i regolamenti di base istitutivi di organizzazioni comuni dei mercati agricoli attribuiscano alla Commissione il potere di adottare misure di salvaguardia, derogatorie del regime normalmente vigente, a fronte di situazioni di emergenza: cfr., p.e., l'art.29 del reg.1035/72 relativo alla organizzazione comune nel settore degli ortofrutticoli (G.U.C.E., L 118, 1972, p.1 ss.).

353. Tale potrebbe considerarsi, in senso lato, l'approccio seguito nella sentenza Balkan I, cit., cpv. 11-15, ove la Corte ammette che, in una situazione di urgenza, un sistema di importi monetari compensativi applicabile ad una organizzazione comune di mercato possa essere istituito ricorrendo alla procedura di cui all'art.103, più rapida di quella che andrebbe ordinariamente seguita ai sensi degli artt.40 e ss., e ciò nonostante tale norma riguardi soltanto le politiche congiunturali degli Stati membri in materie non ancora "comunitarizzate".

354. 8/82, Raccolta 1983, p.371, ai cpv.18-22. Si noti che la Corte, parlando di "ragioni di controllo obiettivamente giustificate" sembrerebbe escludere l'esistenza stessa di una discriminazione ai sensi dell'art.40,3,2, più che argomentare in termini di eccezioni consentite al principio di eguaglianza: ma

si tratta della consueta incertezza nel distinguere fra ragionevolezza o razionalita' della classificazione e sua legittimita' in deroga, su cui ci si e' gia' soffermati (d'altronde, non a caso, nelle sue motivazioni a sostegno della validita' della misura impugnata la Commissione, ibid., a p.381, considera anche l'ipotesi che la Corte la qualifichi appunto come discriminatoria).

355. Supra, sub I.1.3.1.

356. Così' la Corte in Balkan I, cit., ai cpv.19-23, in riferimento ad un sistema di importi monetari compensativi strutturato in base a "criteri forfettari", non differenziante cioe' a seconda dello Stato di origine dei prodotti o del volume degli scambi, cio' che secondo la parte privata ricorrente configurava una violazione del principio di proporzionalita'. Ancor piu' esplicitamente nel senso della rilevanza delle esigenze di "praticita'" della pubblica amministrazione comunitaria l'Avv. Gen. Roemer, ibid., a p.1127 ss. V. anche conforme Schlueter, 9/73, Raccolta 1973, p.1135, al cpv.22.

357. Naturalmente diverso sarebbe il caso in cui non vi fossero alternative, sia pure piu' "costose", alla scelta classificatoria operata, cio' che potrebbe accadere ad esempio qualora la necessita' di interventi tempestivi in situazioni di urgenza obbligasse, pena il mancato conseguimento tout court dell'obbiettivo della misura, a procedere attraverso generalizzazioni o esclusioni fonte di discriminazioni: in questa ipotesi la Corte giungerebbe verosimilmente ad uno stesso esito, e sulla base di identiche argomentazioni, ma il ragionamento seguito dovrebbe ritenersi diverso, entrando qui in rilievo, come fondamento per la deroga agli interessi alla parita' di trattamento sacrificati, non l'efficienza amministrativa, ma lo stesso interesse materiale perseguito dalla norma e rispetto al quale la misura oggetto di scrutinio risulta, appunto per l'urgenza della situazione, unico strumento razionale.

358. Royal Scholten Honig e Tunnel, cit., cpv.81-82.

359. Gia' in Balkan I, cit., la Corte ha cura di enfatizzare che le misure "forfettarie" di cui ammette la legittimita' costituiscono "provvedimenti di natura economica, destinati ad avere un effetto correttivo immediato", ed identiche considerazioni sono svolte in Merkur. 43/72, Raccolta 1973, p.1055, cpv. 24, rispetto a misure di salvaguardia assunte ex

art.103; come dimostrazione a contrario si puo' invece richiamare la sentenza Effrem, 95/75, Raccolta 1976, p.361, cpv.7, in cui un regolamento agricolo della Commissione fondato su "valutazioni globali" viene invalidato, in quanto causa di classificazioni irrazionali rispetto al fine perseguito, tra l'altro anche in base alla considerazione che una simile tecnica normativa non poteva giustificarsi in assenza di una situazione di urgenza (cfr. in particolare il cpv.7; v. anche le conclusioni dell'Avv. Gen. Reischl, ibid., a p.370 ss.).

360. Supra, sub III.3., cui si rinvia per la citazione delle sentenze. Sul connesso problema della ripartizione fra le istituzioni comunitarie della competenza ad adottare decisioni di politica commerciale di tal genere cfr. SACK, "The Commission's Powers under the Safeguard Clauses of the Common Organizations of Agricultural Markets", CMLR, 1983, p. 757 ss.

361. Cfr., p.e., le osservazioni della Commissione in Holtz, 153/73, Raccolta 1974, p.675, a p.682, allorché' nega che il divieto di discriminazioni ex art.40,3,2, possa valere per misure aventi la funzione di "graduare" gli effetti destabilizzanti prodotti dalla creazione di una organizzazione comune di mercato, tesi sostanzialmente condivisa dalla Corte ai cpv.13-17; v. anche le conclusioni dell'Avv. Gen. Dutheillet de Lamothe in Rheinmuehle, 6/71, Raccolta 1971, p.823, a p.851 s., e in Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Raccolta 1970, p.1125, a p.1155 ss., ove il principio generale della gradualita' o progressivita' nell'attuazione della politica agricola comune viene richiamato come causa legittima di disparita' di trattamento altrimenti ingiustificate. In dottrina, sul ricorso all'idea della "progressivite' de l'integration economique" nell'ambito del giudizio comunitario di eguaglianza v. APOLLIS, "Le principe de l'egalite' de traitement en droit economique communautaire", cit., a p.149 ss.

362. Sul significato che puo' attribuirsi, sotto i due profili indicati, alla regola della progressivita' dell'integrazione in vista della individuazione di valori di giustizia distributiva dell'ordinamento, v. quanto osservato supra, rispettivamente sub V.2.1. e V.2.4.

363. V. supra, alla nota 352.

364. Nel corso del periodo transitorio, al contrario, piu' ampie erano le possibilita' che gli Stati membri venissero

autorizzati a derogare al diritto comune invocando difficoltà economiche, ma ciò per il diverso scopo di garantire la "gradualità" dell'adeguamento delle singole economie nazionali al mercato comune: oltre alle disposizioni in tal senso previste per singoli settori di diritto materiale comunitario (p.e., gli artt.17,4; 25; 26; 44; 46; ecc.), cfr. la clausola generale di cui all'art.226.

365. Per un interessante esempio di restrizioni alla circolazione delle merci giustificate su tali basi, v. la normativa speciale relativa ai prodotti petroliferi posta in essere con le decisioni del Consiglio 77/186 (G.U.C.E. L 61, 1977, p.23) e 79/879 (G.U.C.E. L 270, 1979, p.58), commentata da EVANS, "The Development of a Community Policy on Oil", CMLR, 1980, p.371 ss.

366. L'ipotesi classica di deviazione di traffico è quella della elusione delle restrizioni poste da uno Stato membro alla importazione di un bene da uno Stato terzo attraverso l'importazione di questo bene in un altro Stato membro che adotti misure meno, o per nulla, restrittive, e la successiva reimportazione nel primo Stato valendosi della libertà di circolazione di cui godono i beni messi in libera pratica all'interno del mercato comune; ma deviazioni possono prodursi anche quando gli Stati membri mantengano verso il mercato esterno restrizioni identiche, come accade nel caso in cui l'importazione in uno Stato membro nei limiti della quota da esso fissata sia finalizzata alla reimportazione in un altro Stato membro la cui quota si sia esaurita, oppure anche (ma la tesi è controversa in dottrina) quando l' "assorbimento" dei beni di uno Stato terzo nel mercato di uno Stato membro produca l'effetto di spingere beni succedanei di questo Stato verso un altro Stato membro, nei fatti ponendo nel nulla le misure di politica commerciale restrittiva da esso adottate: sull'art.115, e sulla sua incidenza sulla disciplina della libera circolazione delle merci, v. in generale OLIVER, Free Movement ecc., cit., a p.186 ss.

367. Cfr., in senso simile, nell'ipotesi in cui lo si ritenga applicabile anche dopo la fine del periodo transitorio (così GORI, "Commento all'art.25", in QUADRI, MONACO, TRABUCCHI, Commentario CEE, cit., a p.145 ss., a p.148), l'art.25 che consente deroghe alla tariffa doganale comune qualora l'applicazione di questa causi gravi pregiudizi all'economia di uno Stato membro; v. anche l'art.73 secondo cui la Commissione può autorizzare lo Stato membro interessato da turbamenti nel funzionamento del proprio mercato dei capitali ad adottare misure di protezione derogatorie della disciplina sulla libera

circolazione dei capitali. In generale sulle clausole di salvaguardia v. LEJEUNE, Un droit des temps de crise: le clauses de sauvegarde de la CEE, 1975.

368. Cfr. l'art.2,2, della dir.64/221, cit., secondo il quale i motivi di ordine pubblico che consentono deroghe ai principi in materia di libera circolazione dei lavoratori subordinati non possono essere "invocati per fini economici"; in materia di circolazione delle merci, v. la sentenza Commissione c. Italia, 7/61, Raccolta 1961, p.619, a p.644, in cui la Corte esclude che la deroga di cui all'art.36 contempri anche poteri statali di natura economica, o anche, nel piu' recente caso Danis, 16-20/79, Raccolta 1979, p.3327, a p.3345, le conclusioni dell'Avvocato Generale il quale, confutando le tesi del Governo britannico (ibid., a p.3334) per cui misure restrittive degli scambi per fini antiinflazionistici andavano considerate lecite in virtu' dell'art.2, nega che l'interesse alla stabilita' dei prezzi rientri fra le "esigenze imperative" che secondo la dottrina Cassis de Dijon consentono deroghe ai principi, potendo esso trovare tutela solo attraverso il ricorso alla procedura di cui all'art.103, nei particolari casi in cui ne ricorrano i presupposti (contra, nel senso della non subordinabilita' della politica economica degli Stati membri alla finalita' comunitaria della libera circolazione delle merci WYATT, DASHWOOD, The Substantive Law of the EEC, cit., a p.101 s.).

369. Cfr. il caso Henn e Darby, 34/79, Raccolta 1979, p.3795, relativo a restrizioni sul commercio di materiale pornografico.

370. Forse l'unico caso in cui questa deroga e' stata utilizzata e' Thompson, 7/78, Raccolta 1978, p.2247, relativo ad un divieto di esportazione di monete nazionali finalizzato ad impedire che la loro fusione o distruzione in un altro Stato membro potesse ledere il fondamentale diritto del loro Stato di emissione di battere moneta.

371. In assenza di casi concreti, puo' ritenersi con l'OLIVER, Free Movement ecc., cit., a p.138, che questa eccezione copra tutte le limitazioni ai flussi di merci derivanti dall'esercizio di poteri di polizia, attengano questi alla prevenzione o repressione di attivita' criminali o alla semplice regolazione del traffico stradale.

372. Cfr. il caso De Peijper, cit., ove la Corte afferma (cpv.14/15) che "fra i beni ed interessi tutelati dall'art.36 la salute e la vita delle persone occupano il primo posto"; v. anche i casi Denkavit, 251/78, Raccolta 1978, p.3369, Frans - Neederlandse Maatschppij, 272/80, Raccolta 1981, p. 3277, Eyssen, 53/80, Raccolta 1981, p.429.

373. V. MATTERA, "Cultura e libero scambio dei beni artistici all'interno delle Comunita'", DCSI, 1974, p.12 ss.

374. E cioè, brevetti e marchi, ma anche diritti d'autore (cfr. Membran, 55 e 57/80, Raccolta 1981, p.147) e qualsiasi altra forma di proprietà industriale, come segreti d'azienda, "know-how" in genere, e così via: per un'analisi dell' ampia giurisprudenza in materia si rinvia ad HARRIS, "The Application of Article 36 to Intellectual Property", ELR, 1976, p.515 ss.

375. Non si considera qui invece l'art.37 la cui funzione derogatoria, garantire cioè la gradualità dell'adattamento dei monopoli nazionali aventi carattere commerciale agli imperativi in materia di abolizione di restrizioni quantitative agli scambi, e' da ritenersi esaurita con la fine del periodo transitorio (v. in tal senso la chiarificatrice sentenza Manghera, 45/75, Raccolta 1976, p.181, e, conformi, WYATT, DASHWOOD, The Substantive Law ecc., cit., a p.120).

376. A differenza di quanto ritenuto da qualche Autore in base ad una interpretazione formalistica della norma (cfr. MARX, "Die Auswanderungsfreiheit des Arbeitnehmers nach europaischem Gemeinschaftsrecht", EuR, 1973, p.133 ss.), la giurisprudenza, correttamente, considera la deroga dell'ordine pubblico, della pubblica sicurezza e della sanità pubblica come applicabile non solo agli specifici diritti di mobilità garantiti dal terzo comma dell'art.48, in cui essa trova enunciazione, ma all'insieme delle situazioni di vantaggio desumibili da tale norma considerata nel suo complesso (v. in tal senso, in generale, il caso Ugliola, 15/69, Raccolta 1969, p.363).

377. Il concetto di "ordine pubblico" (che in questo contesto e' chiaramente quello di natura giuspubblicista relativo alla derogabilità di diritti pubblici soggettivi: sulla distinzione rispetto alle parallele nozioni di diritto privato ed internazionale privato cfr. BADIALI, Il diritto degli Stati negli ordinamenti delle Comunita' Europee, 1971, a p.303 s., e RUGGIERO, DE DOMINICIS, "Commento all'art.56", in QUADRI, MONACO,

TRABUCCHI, Commentario CEE, cit., p.434 ss., a p.436 s.) sfugge ad una precisa definizione, e questo appunto per la sua stessa funzione, che e' quella di consentire eccezioni al diritto comune nelle piu' varie situazioni, difficilmente predeterminabili, di pericolo per la pace e la stabilita' interna dello Stato (sull'ordine pubblico come "souple de surete'" v. LYON-CAEN, "La reserve d'ordre public en matiere de liberte d'etablissement et de libre circulation", RTDE, 1966, p. 693 ss., a p.694). Il che non significa che, come sostenuto da taluni Autori, per la vaghezza del concetto gli Stati membri possano giustificare nel nome dell'ordine pubblico qualsiasi misura derogatoria (v. AUDINET, "Le droit d'etablissement dans la Communauté Economique Européenne", JDI, 1959, p.982 ss., a p.1004 : "Il est bien peu des dispositions qui ne puissent, avec un peu de bonne volonté', être rattachées, de pres ou de loin, a l'ordre public, a la securite publique ou a la sante publique"; LYON-CAEN, op.ult.cit., a p.693: "la notion contient une reserve pratiquement indefinie de souverainete etatique"; v. anche HUBEAU, "L'exception d'ordre public et la libre circulation des personnes en droit communautaire", CDE, 1981, p. 207 ss., a p.210, che definisce l'ordine pubblico una "notion tentaculaire indefinissable et insaisissable"); questa tesi dimentica infatti l'esistenza, come si dira', di una "cornice comunitaria" del concetto, e cioe' di limiti sostanziali e procedurali posti dal diritto comunitario alla ricorribilita' alla deroga e dei quali la Corte di giustizia ed i giudici interni assicurano il rispetto. La letteratura sul tema e' quanto mai vasta: alle opere sin qui citate, ed in particolare al lavoro di Hubeau che contiene una accurata sintesi della giurisprudenza, adde gli Autori richiamati alla nota 145 del nostro "Principio di eguaglianza" ecc., cit., cui si rinvia per una piu' ampia analisi.

378. La nozione di pubblica sicurezza non sembra possa essere contrapposta a quella di ordine pubblico: "si tratta in realta' di una endiadi che vuole esprimere un unico concetto generale nel cui ambito vengono a distinguersi l'interesse della tutela della pace sociale e della incolumita' collettiva" (RUGGIERO, DE DOMINICIS, op.cit., a p.437; nello stesso senso HUBEAU, op. cit., a p.208, nota 3).

379. Questa clausola si riferisce alla particolare ipotesi in cui il lavoratore sia affetto da una delle malattie contagiose o pericolose elencate in via tassativa in allegato alla direttiva 64/221, nel qual caso lo Stato di immigrazione puo' rifiutare l'ingresso nel proprio territorio o il rilascio del primo permesso di soggiorno.

380. Anche in questo caso, come per l'ordine pubblico, e' poco chiara la portata della deroga: se e' palese la funzione che essa svolge, che e' quella di escludere gli stranieri, in quanto meno "affidabili" dei cittadini, da lavori strettamente connessi all'esercizio di prerogative di sovranita' dello Stato membro, meno evidente e' quando questa ipotesi possa ritenersi effettivamente sussistente, ad esempio se essa valga pure per prestazioni lavorative di carattere meramente tecnico e strumentale solo perche' svolte presso pubbliche amministrazioni, oppure per rapporti di lavoro presso enti formalmente di diritto pubblico ma conducenti attivita' di diritto privato o presso enti formalmente di diritto privato ma incaricati di servizi pubblici. I problemi derivano, come gia' si e' notato ("Principio di eguaglianza" ecc., cit., alla nota 154), dalla eccessiva genericita' della formula utilizzata dall'art.48,4, che parlando di "impieghi nella pubblica amministrazione" sembrerebbe consentire una applicazione della deroga ben piu' ampia del necessario: la Corte comunque, riprendendo tesi sostenute dall'Avv. Gen. Mayras nel caso Sotgiu (62/73, Raccolta 1974, p.153), ha superato la lettera del Trattato affermando che scopo della disposizione e' di riservare ai cittadini nazionali solo quei posti di lavoro "che implicano la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri ed alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettivita' pubbliche" (Commissione c. Regno del Belgio, 149/79, Raccolta 1980, p.3881, al cpv. 10). Che la deroga riguardi lavori implicanti "a psychological involvement with the activity which embraces state prerogatives" e' suggerito (dubitativamente) dalla SUNDBERG-WEITMAN, Discrimination on Grounds ecc., cit., a p. 169 ss., cui si rinvia per altra letteratura sul punto.

381. Per quanto riferita "in particolare" alle regole sulla concorrenza, la disposizione vale in generale per tutte le norme del Trattato, consentendo dunque deroghe (entro il limite, di cui si dira', che lo sviluppo degli scambi non venga compromesso in misura contraria agli interessi della Comunita') anche al principio comunitario di eguaglianza nelle sue varie articolazioni. Su quali poi siano le imprese beneficiarie di tale trattamento particolare v. SCHINDLER, "Public Enterprises and the EEC Treaty", CMLR, 1970, p.57 ss., ed in giurisprudenza, fra gli altri, i casi Port de Mertert, 10/71, Raccolta 1971, p.723, Sacchi, 155/73, Raccolta 1974, p.409, BRT, 127/73, Raccolta 1974, p.313.

382. Gli interessi cui fa riferimento l'art.223 sono quelli degli Stati membri alla difesa politico-militare del proprio territorio o della loro struttura costituzionale: cosi' GORI,

"Commento all'art.223", in QUADRI, MONACO, TRABUCCHI, Commentario CEE, cit., p.1626 ss.

383. La norma, infatti, fa obbligo agli Stati membri di consultarsi per decidere di comune accordo le disposizioni necessarie ad evitare turbamenti nel funzionamento del mercato comune effetto delle indicate misure di salvaguardia politica, così implicitamente ammettendone la compatibilità con il diritto comunitario.

384. L'art.224 consente di dare fondamento a misure derogatorie del diritto comune, assunte dagli Stati membri in ottemperanza dei propri obblighi di membri delle Nazioni Unite: cfr., p.e., i casi delle sanzioni contro la Rhodesia (su cui v. KUYPER, "Sanctions Against Rhodesia: The EEC and the Implementation of General International Rules", CMLR, 1975, p.231) e contro l'Iran (Boll.CE, 1980, n.5, p.26 ss.).

385. Cfr. il caso Carciati, 823/79, Raccolta 1980, p.2773, cpv. 8-10, in cui la prevenzione delle frodi fiscali è stata ammessa dalla Corte come giustificazione per un divieto ai residenti nel territorio di uno Stato membro di usare automobili importate temporaneamente esenti da tasse.

386. In parte coincidente con quello alla "tutela della salute e della vita delle persone e degli animali" di cui all'art.36, l'interesse alla "protezione della salute pubblica" può assumere autonomo rilievo quale fondamento per interventi di salvaguardia ambientale: cfr. la Risposta della Commissione alla Domanda scritta 1285/77, in G.U.C.E., C 214, 1979, p.5, e la Comunicazione della Commissione in G.U.C.E., C 256, 1980, p.2.

387. A questa deroga sembra debbano ricondursi tutte le limitazioni alla libera circolazione delle merci effetto indiretto della protezione che il diritto comunitario offre contro la c.d. concorrenza sleale (atti di "confusione", di imitazione servile, di discredito del concorrente o di appropriazione dei pregi di questo: cfr., p.e., l'art.2598 del codice civile italiano ed il commento di GHIDINI, "La concorrenza sleale: i principi" e "La concorrenza sleale: le fattispecie", in GALGANO (a cura di), Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, op. cit., p.69 ss. e p. 151 ss.): per un esempio, v. il caso Beele, 6/81, Raccolta 1982, p. 707, in cui la Corte ammette la compatibilità con il diritto comunitario di un

divieto di commercializzazione di prodotti costituenti imitazione servile di altri prodotti.

388. Questo interesse coincide spesso (ma non necessariamente: cfr. infatti il commento di OLIVER, Free Movement ecc., cit., a p.181, al caso Dansk Supermarked, 58/80, Raccolta 1981, p.181) con quello alla lealta' dei negozi commerciali. La giurisprudenza in materia e' alquanto ampia: oltre a Cassis de Dijon, cit., v. Eggers, 13/78, Raccolta 1978, p.1935, Gilli, cit., Fietje, cit., Commissione c. Italia, 193/80, Raccolta 1981, p.3019.

389. Cassis de Dijon, cit., al cpv.8.

390. Cfr., p.e., agli inizi della giurisprudenza comunitaria, Compagnie des hauts fourneaux et fonderies de Givors, 27-29/58, Raccolta 1960, p. 485, a p.506, ove si afferma (in riferimento al Trattato CECA) che il divieto di discriminazioni "essendo una condizione essenziale per l'instaurazione ed il funzionamento del mercato comune, non puo' subire ne' eccezioni, ne' deroghe salvo espressa disposizione del Trattato".

391. Per una sintesi delle diverse posizioni emerse sul punto in dottrina e giurisprudenza si rinvia a OLIVER, "Measures of Equivalent Effect: A Reappraisal", cit., a p.230 ss.

392. Come invece sembra ritenere la Corte: cfr. la sentenza Commissione c. Irlanda, 113/80, Raccolta 1981, p.1625, ai cpv.7-11, in cui, in contrasto con la diversa posizione sul punto dell'Avvocato Generale (ibid., a p.1645), viene escluso che la dottrina delle "esigenze imperative" possa valere ad estendere la portata delle deroghe di cui all'art.36 con l'applicarsi anche a misure che differenziano in ragione dell'origine o destinazione dei prodotti, e questo in base alla motivazione che di tale norma, quale eccezione ad un principio fondamentale di diritto comunitario, e' doverosa un'interpretazione restrittiva (il valore di precedente della pronuncia appare tuttavia ridotto dal fatto che, dopo aver enunciato tale massima, la Corte finisce poi col dare rilievo ad una "esigenza imperativa" non prevista dall'art.36, quella della difesa dei consumatori). Nello stesso senso v. anche le posizioni della Commissione nella risposta alla domanda scritta 874/81, (G.U.C.E., C 295, 1981, p.35), dell'Avv. Gen. Verlooren van Themaat nel caso Beele, cit., Raccolta 1982, p. 735 s., e del TOUFFAIT, "Les entraves techniques a la libre

circulation des marchandises", Recueil Dalloz-Sirey, 1982, Chronique 6, p.37 ss., a p.47.

393. Oltre che dall'Avv. Gen. Capotorti nella conclusioni al caso Commissione c.Irlanda, richiamate nella nota precedente, questo approccio sembra seguito dall'Avv. Gen. Mayras nel caso Fietje, cit.; Raccolta 1980, p.3860 s.

394. Per il MEIER, "Kennzeichnung statt Verkehrsverbote. Die Rechtsprechung als Schrittmacher des Lebensmittelrechts", in Schriftenreihe des Bundes fuer Lebensmittelrecht und Lebensmittelkunde, 1980, p.47 ss., questo ampliamento potrebbe avvenire derivando la garanzia delle "esigenze imperative" da un'interpretazione estensiva della clausola dei "motivi di ordine pubblico" contenuta nell'art.36. Sul punto v. anche MASCLET, "Les articles 30, 36 e 100 du Traite' CEE a' la lumiere de l'arret 'Cassis de Dijon' ", RTDE, 1980, p.611, a p.622 ss.

395. Ci riferiamo alla sentenza Oebel, cit., cpv.12-13 (anche se non e' del tutto chiaro che la Corte stia qui effettivamente applicando, come invece auspicato dall'Avvocato Generale, la dottrina delle "esigenze imperative": v. infatti quanto osservato supra, alla nota 39; si noti inoltre che la Corte non segue l'Avvocato Generale nel qualificare come interesse statale superiore da far salvo in via di deroga anche quello alla promozione delle condizioni di vita dei lavoratori). La Commissione mostra di condividere questa posizione: v. le risposte alle domande scritte 1285/77, G.U.C.E., C 214, 1979, p.5 e 749/81, G.U.C.E., C 309, 1981, p.7.

396. Loc. ult. cit.

397. Così' l'Avv. Gen. Capotorti, ibid., Raccolta 1981, a p.2014, per il quale, al di là' delle deroghe previste dall'art.36, esistono "determinati valori riconosciuti dal sistema giuridico comunitario o corrispondenti a principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri, i quali meriterebbero prioritari" sui divieti di cui agli artt.30 e 34.

398. Cfr. nello stesso senso nel caso Blesgen (cit., Raccolta 1982, a p.1217) il rilievo dato dalla parte privata interveniente al fatto che i pericoli causati dalla diffusione dell'alcool sono identici in tutti i paesi della Comunità' e che, posto che gli altri Stati membri adottano per combattere tali

pericoli normative meno restrittive, "cio' che e' universalmente valido per tutti gli altri paesi della Comunita' non puo' fornire ragione ad uno solo di essi per giustificare, in forza dell'art.36 del Trattato CEE, l'adozione o il mantenimento in vigore" di norme contrarie all'art.30.

399. "Principio di eguaglianza" ecc., cit., a p.363 ss.

400. Naturalmente il fatto che limiti di questo genere condizionino il trattamento riservato dallo Stato ai propri cittadini non esclude che norme e principi di diritto comunitario possano imporre allo Stato di attribuire quel medesimo trattamento anche agli stranieri cittadini di altri Stati membri: inconsequente ci sembra pertanto il ragionamento seguito dalla Corte nella sentenza Van Duyn, 41/74, Raccolta 1974, p.1346, cpv. 22, allorché la norma di consuetudine internazionale secondo cui uno Stato non può rifiutare l'ingresso nel territorio nazionale a propri cittadini viene richiamata al fine di escludere che configuri una violazione dei divieti comunitari di discriminazione in base alla nazionalità l'assunzione di provvedimenti di ordine pubblico di tale contenuto nei confronti (soltanto) di migranti stranieri.

401. LYON-CAEN, "La reserve d'ordre public" ecc., cit., a p.695, osserva che storicamente l' "Etat faisant retomber sur l'etranger la mefiance que lui inspirent les Etats etrangers, l'etranger constitue une menace latente pour la securite . . un ennemi putatif".

402. Così la Corte in Boucherau, 30/77, Raccolta 1977, p.1999, cpv.35.

403. Cfr. espressamente la sentenza Adoui e Cournaille, 115 e 116/81, Raccolta 1982, p.1665, cpv.8, ove rispetto all'assumibilità di misure derogatorie di ordine pubblico si afferma che "un comportamento non può considerarsi abbastanza grave da legittimare restrizioni all'accesso o al soggiorno, nel territorio di uno Stato membro, del cittadino di un altro Stato membro, nel caso in cui il primo Stato non adotti misure repressive o altri provvedimenti concreti ed effettivi volti a reprimerlo, ove lo stesso comportamento sia posto in essere anche da propri cittadini" (una diversa, e criticabile, posizione era stata invece assunta nella precedente sentenza Van Duyn, cit., al cpv. 19, ove nel valutare un divieto di ingresso opposto dalle autorità britanniche ad una lavoratrice di un altro Stato membro

a causa della sua affiliazione ad una setta "socially harmful" la Corte aveva considerato irrilevante il fatto che tale setta era del tutto legale all'interno del Regno Unito). Allo stesso modo, ad esempio, andrebbe a nostro avviso negata l'invocabilità della deroga di cui all'art.48,4, per giustificare il diniego dell'accesso di stranieri a lavori a diretto contatto con segreti di Stato qualora risultasse che nessuna efficace misura è poi assunta per tutelare tali segreti da altre possibili violazioni.

404. Cfr. il cpv.31 della sentenza Rutili, cit., ove dal fatto che il reg.1612/68 garantisce la parità di trattamento in materia di iscrizione alle organizzazioni sindacali e di esercizio dei diritti sindacali si desume che la riserva relativa all'ordine pubblico non può venire invocata per motivi attinenti all'esercizio di tali diritti. Naturalmente la massima va interpretata nel senso che il mero fatto di azionare una situazione di vantaggio garantita dal diritto comunitario non può di per se' configurare una minaccia per l'ordine pubblico interno di uno Stato membro, dovendo invece ritenersi senz'altro possibile che le circostanze esterne in seno alle quali quel comportamento legittimo viene ad inserirsi rendano ammissibile il ricorso alla deroga. Solo in questa prospettiva, e cioè come espressione di una semplice presunzione relativa in merito all'assenza di un reale interesse dello Stato alla salvaguardia del proprio ordine pubblico, sembra condivisibile anche la più generale tesi sostenuta dalla Commissione nello stesso caso (ibid., Raccolta 1975, a p.1225) per cui è da escludere che possa essere pregiudizievole per l'ordine pubblico il legittimo esercizio da parte dello straniero (non solo di diritti comunitari, ma anche) di una qualsiasi "libertà pubblica, riconosciuta come tale dal diritto nazionale".

405. Giurisprudenza costante: cfr. le sentenze Royer, cit., cpv.39/40, Sagulo, cit., cpv. 12, Pieck, 157/79, Raccolta 1980, p.2171, cpv.15-20.

406. Come auspicato da LYON-CAEN, "La reserve d'ordre public" ecc., cit., p.703 ss.

407. Soltanto in questa prospettiva può avere un senso l'approccio suggerito dalla Commissione nel caso Van Duyn, cit., Raccolta 1974, p. 1337, allorché si auspica che il divieto di discriminazioni in base alla nazionalità trovi applicazione anche rispetto a provvedimenti assunti per motivi di ordine pubblico.

408. Cfr. ad esempio l'art.223 che consente provvedimenti per la tutela di "interessi essenziali" alla sicurezza interna dello Stato o l'art.109 per cui le misure di salvaguardia adottate in caso di improvvisa crisi nella bilancia dei pagamenti non devono "andare oltre la portata strettamente indispensabile".

409. Che l'art.36 in quanto "eccezione al principio fondamentale dell'abolizione di qualsiasi ostacolo alla libera circolazione delle merci fra gli Stati membri" vada interpretato restrittivamente e' sostenuto, p.e., dalla Corte in Bauhuis, 46/76, Raccolta 1977, p.1, cpv.12/15 (conforme Eggers, cit., cpv. 30; ma v. anche, in precedenza, Commissione c. Italia, 7/68, Raccolta 1968, p.561, a p.571 s.); parimenti, in riferimento alla deroga di cui all'art.48,3, v. la sentenza Van Duyn, cit., al cpv. 18, ove si afferma che "il concetto di ordine pubblico, nel contesto della Comunita' e in particolare allorché e' usato come giustificazione per deroghe al principio fondamentale della liberta' di circolazione dei lavoratori, va interpretato strettamente".

410. La Corte mostra di comprendere l'importanza della funzione svolta da tale "inquadramento": v. la sentenza Valsabbia, cit., ai cpv.79/86, ove, nella valutazione di misure adottate per fronteggiare una situazione di crisi nel mercato siderurgico in violazione di principi fondamentali del Trattato CECA, si afferma che "la natura stessa dei provvedimenti eccezionali contemplati dal Trattato, che derogano in uno o piu' punti al funzionamento normale del mercato e che lo alterano piu' o meno profondamente, ha reso necessario subordinarli a requisiti di forma e di sostanza d'indole tassativa, che devono essere osservati molto scrupolosamente onde garantire la legittimita' della decisione"; v. anche la sentenza Rutili, cit., cpv. 16-17, in cui la Corte riconosce che scopo della disciplina comunitaria delle misure statali di ordine pubblico e' da un lato di limitare il potere discrezionale degli Stati membri, dall'altro di assicurare che i diritti cosi' riconosciuti alle persone sottoposte a tali misure restrittive trovino protezione giudiziale.

411. Vedine l'efficace sintesi e commento in HARRIS, "The Application of Art.36 to Intellectual Property", cit.

412. Cfr., fra le altre, la sentenza Deutsche Grammophon, 78/70, Raccolta 1971, p.487, al cpv.11.

413. La massima enunciata dalla Corte in Deutsche Grammophone, loc. ult. cit., per cui "quantunque il trattato faccia salva l'esistenza dei diritti attribuiti dalle leggi di uno Stato membro in materia di proprietà industriale e commerciale, l'esercizio di questi diritti può cioè nondimeno ricadere sotto i divieti sanciti dal trattato", non può essere presa alla lettera: non avrebbe senso infatti riconoscere l'esistenza di un diritto se poi se ne vietasse l'esercizio. In realtà un'analisi complessiva della giurisprudenza in materia mostra che tale formula, ripetuta in varie pronunce successive, vuole piuttosto colpire ipotesi di ricorso fraudolento o comunque abusivo alla deroga, quali si avrebbero qualora questa riguardasse diritti eccedenti quella che nell'interpretazione dell'ordinamento comunitario è la funzione tipica della proprietà industriale e commerciale. Così, individuato l'"oggetto specifico" del copyright (v. le conclusioni dell'Avv. Gen. Roemer in Deutsche Grammophone, cit., Raccolta 1971, p.506 s., che esplicitano quanto appare sottinteso nella sentenza della Corte; v. anche le pronunce Merck, 187/80, Raccolta 1981, p.2063, cpv. 9-13, e Musik-Vertrieb, 55 e 57/80, Raccolta 1981, p.147, cpv. 13-15), del brevetto ( v. Centrafarm I, 15/74, Raccolta 1974, p.1147, cpv. 9-14), del marchio ( v. Centrafarm II, 16/74, Raccolta 1974, p.1183, cpv. 8-11, e Hoffmann - La Roche, 102/77, Raccolta 1978, p.1139, cpv. 7-12), si esclude ad esempio che il diritto di esclusiva, usualmente connesso a tali istituti, possa essere utilizzato per opporsi a importazioni o reimportazioni del prodotto sottoposto a privativa quando il diritto stesso sia da considerare "esaurito" per il fatto che il prodotto è già stato legalmente commercializzato nel mercato di uno Stato membro ad opera, o con il consenso, del titolare del copyright o del brevetto o del marchio (cfr. in senso simile i cpv.12-13 di Deutsche Grammophone, cit., 11-12 di Centrafarm I, cit., e 10-11 di Centrafarm II, cit.).

414. Cfr., p.e., la sentenza Commissione c. Italia, 193/80, Raccolta 1981, p.3019, cpv. 24-28, in cui non viene accettato l'argomento dell'Italia (ibid., a p.3026 ss.) per cui una propria norma riservante la denominazione di aceto all'aceto di vino andava considerata legittima perché "in un paese mediterraneo a diffusa produzione vinicola 'l'aceto di vino è per inveterata consuetudine l'aceto per antonomasia' "; v. anche le simili posizioni rispetto al rilievo da dare alle "abitudini dei consumatori" assunte nel caso Commissione c. Francia, 152/78, Raccolta 1980, p. 2299, dalla Corte (cpv.13) e dalla Commissione (p.2304).

415. L'atteggiamento di maggiore "interventismo" nelle ipotesi prima considerate potrebbe anche spiegarsi, se si

accettano le considerazioni svolte nel precedente paragrafo, col fatto che la protezione della proprietà industriale e commerciale, dei consumatori, della lealtà dei negozi commerciali, non riflette tanto, o soltanto, interessi statali tutelati in deroga, ma anche, o soprattutto, interessi propri delle Comunità e funzionali al conseguimento degli obiettivi di giustizia distributiva dell'ordinamento comunitario: dal che, appunto, la maggiore legittimazione della Corte nell'individuare il contenuto.

416. Cfr. il cpv.8 di Adoui e Cournaille, cit., ove si riconosce che "(i)l diritto comunitario non vincola gli Stati membri ad osservare una scala uniforme di valori in merito alla valutazione dei comportamenti che possono considerarsi contrari all'ordine pubblico" (ma v. anche, in precedenza, le conclusioni dell'Avv. Gen. Mayras nel caso Bonsignore, cit., Raccolta 1975, p.314). Viene così inequivocabilmente risolta la questione, che ha diviso la dottrina (v. la ricostruzione del relativo dibattito in HUBEAU, op.cit., a p.212 ss.), se il concetto di ordine pubblico abbia "natura" comunitaria o nazionale: il che non toglie che pur restando a ciascuno Stato membro di concretizzare la clausola generale dell'ordine pubblico in coerenza con i propri valori e le proprie esigenze, l'ordinamento comunitario possa egualmente intervenire limitando l'esercizio di tali poteri sotto altri profili.

417. Cfr. Henn e Darby, cit., cpv.15, per cui "in linea di principio" spetta a ciascuno Stato membro determinare il contenuto del concetto di moralità pubblica "in base alla propria scala di valori e nella forma da esso scelta".

418. Cfr. De Pejper, cit., cpv.14/15, ove, rilevato che "fra i beni ed interessi tutelati dall'art.36 la salute e la vita delle persone occupano il primo posto", si afferma che "spetta agli Stati membri, nei limiti imposti dal Trattato, stabilire a quale livello essi intendano assicurarne la protezione".

419. Cfr. Bauhuis, cit., cpv.37/40 (conforme la Commissione, ibid., Raccolta 1977, p.9 s.).

420. Cfr. Galli, 31/74, Raccolta 1975, p. 47, cpv. 24, e SADAM, 88-90/75, Raccolta 1976, p.323, cpv, 13.

421. Supra, nota 402 e testo relativo.

422. Bonsignore, cit., cpv. 5-6. V. anche Adoui e Cournaille, cit., cpv.12, dove dalla necessita' di dare rilievo esclusivamente al comportamento personale dei destinatari dei provvedimenti si deduce l'obbligo per le autorità nazionali di esaminare una domanda di permesso di soggiorno presentata dal destinatario di una misura di espulsione quando sia trascorso "un ragionevole periodo di tempo" dalla assunzione di questa.

423. Bonsignore, cit., cpv.35.

424. Royer, cit., cpv.39/40: cfr. anche le altre sentenze conformi, cit. supra alla nota 405.

425. Ma v. anche, come espressione di presunzioni relative in merito alla assenza del requisito della "minaccia effettiva ed abbastanza grave", le statuizioni della Corte cit. supra alle note 403-404 e testo relativo.

426. Dunque anche quando entrino in gioco interessi statali come quello all'ordine pubblico o alla moralità pubblica rispetto ai quali come si diceva si riconosce di solito una più ampia discrezionalità di valutazione degli Stati membri. Ciò non sembra sempre condiviso dalla Corte, che talora pare adottare un atteggiamento di self-restraint anche per quanto riguarda il controllo sulla razionalità intrinseca delle misure derogatorie assunte a tali fini, in contrasto con quanto da noi osservato nel testo: pensiamo in particolare al caso Henn e Darby, cit., in cui, nel legittimare ex art.36 un divieto di importazione di oggetti "indecenti od osceni" sanzionato penalmente, si considera irrilevante che la legislazione vigente in alcune parti dello Stato membro per la circolazione interna dei beni colpisca solo la vendita di materiale "osceno" (dunque non anche il materiale "indecente"), non qualifichi la fattispecie come reato, e preveda un'eccezione per materiale di interesse sociale non applicabile alle importazioni; al contrario, come peraltro conviene l'Avv. Gen. Warner (ibid., Raccolta 1979, a p.3828 ss.) tale disparità di trattamento dovrebbe far sorgere una presunzione di illegittimità della classificazione normativa così posta in essere, che spetterebbe allo Stato membro far venir meno, ed a causa della quale lo scrutinio della Corte dovrebbe farsi particolarmente rigido.

427. Caso cit., cpv. 10-11. Ma v. anche, similmente, i casi Gilli, cit., cpv. 7-8, Commissione c. Germania, 153/78, Raccolta

1979, p.2555, cpv. 9-15, Keldermann, 130/80, Raccolta 1981, p.527, cpv. 9-12.

428. Cfr. i passi già citati delle sentenze Commissione c. Germania (12/74), Cassis de Dijon, Gilli, Commissione c. Italia (193/80), Fietje, Eggers e Beele.

429. Cfr. la sentenza Van Zuylen Freres, 192/73, Raccolta 1974, p.731, ove si afferma che il titolare di un marchio non può esercitare il suo diritto all'esclusiva per proibire la commercializzazione in uno Stato membro di beni prodotti legalmente in un altro Stato membro con un identico marchio avente una "comune origine" (nella specie, il marchio "Hag", registrato sia in Germania che in Belgio da una stessa società, che a causa della intervenuta espropriazione della filiale belga, aveva finito per appartenere contemporaneamente a due società del tutto indipendenti), in particolare in considerazione del fatto che i consumatori possono essere informati in merito alla diversa provenienza del prodotto con mezzi meno restrittivi della libera circolazione delle merci, come appunto etichette ad hoc.

430. Ma v. anche, in un altro settore, le sentenze Bock, 62/70, Raccolta 1971, p.897, e Kaufhof, 29/75, Raccolta 1976, p.431, in cui la Corte annulla autorizzazioni concesse ex art.115 dalla Commissione perché non "necessarie" ai sensi di tale norma del Trattato.

431. Cfr. gli artt.: 107,2; 108,3; 115,1, tutti relativi ad interventi a contenuto autorizzativo della Commissione. V. anche l'art.108,2, che attribuisce al Consiglio il potere di stabilire le misure del c.d. "concorso reciproco", eventualmente derogatorie del diritto comune, nel caso di persistenti difficoltà, o minacce di difficoltà, nella bilancia dei pagamenti di uno Stato membro.

432. Cfr. gli artt.109,2, e 115,2.

433. Specificamente, agli artt.8 e 9. Per la letteratura di commento si rinvia agli Autori citati supra, alla nota 377.

434. Si noti che la direttiva consente di fare eccezione all'obbligo di motivazione del provvedimento nel caso in cui vi si oppongano ragioni inerenti alla sicurezza nazionale: secondo

NASCIMBENE, Il trattamento dello straniero ecc., cit., a p.458, in tal modo si apre tuttavia una "breccia attraverso cui ridare spazio alla sovranita' e alla discrezionalita' dello stato".

435. Che in materia "la mera applicazione del principio della non discriminazione" non sia sufficiente dovendo comunque essere assicurato allo straniero uno "standard minimo" di garanzie procedurali, in parte derivabile dalla stessa direttiva, in conformita' ai principi dell'"equo processo" codificati nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (in particolare, all'art.6), e' sostenuto dall'Avv. Gen. Capotorti in Pecastaing, cit., Raccolta 1980, a p.721. Sulla necessita' di attribuire comunque, quale che sia lo stato della legislazione interna, mezzi di ricorso effettivi, e su cosa questo comporti nella pratica, la giurisprudenza e' abbondante: v. Rutili, cit., cpv.38-39, Royer, cit., cpv.60, Santillo, cit., cpv.14, Adoui e Cournaille, cit., cpv.13 e 15.

436. A favore della estensibilita' a tale deroga di buona parte della "cornice" comunitaria prevista per la parallela eccezione dell'ordine pubblico si pronuncia l'Avv. Gen. Mayras nel caso Commissione c. Regno del Belgio, cit., Raccolta 1980, a p.3914 s.



NOTE AL CAPITOLO VI

1. Accertare, attraverso l'indagine sul fine, che l'ente abbia esercitato un potere effettivamente conferitogli per scopi non difformi da quelli in vista dei quali e' avvenuto il conferimento e' infatti cosa diversa dall'accertare che l'ente non abbia violato norme o principi materiali (in particolare, il principio di eguaglianza) posti a limite esterno della discrezionalità di cui gode in tale esercizio: naturalmente, essendo l'attività delle istituzioni comunitarie comunque fondata su una gamma limitata di competenze d'attribuzione vincolate negli obbiettivi, nell'ipotesi di esercizio di tali poteri per fini discriminatori i due vizi, quello di sviamento di potere e quello di violazione di legge, potrebbero finire col cumularsi (chiaramente sul punto l'Avv. Gen. Lagrange in Wirtschaftsvereinigung Eisen und-Stahlindustrie, 13/57, Raccolta 1958, p.251, a p.345).

2. 118/75, Raccolta 1976, p.1185: v. in particolare i cpv. 17 e 23 della sentenza, le osservazioni del Governo italiano e della Commissione intervenienti alle pp.1191 s. e 1193, e le conclusioni dell'Avvocato Generale a p.1207.

3. Cfr., similmente, sulla funzione dell'art.190 la sentenza Germania c. Commissione, 24/62, Raccolta 1963, p.129, a p.140 e le conclusioni dell'Avv. Gen. Warner in Eridania, 230/78, Raccolta 1979, p.2749, a p.2782.

4. Cfr. la sentenza Beus, 5/67, Raccolta 1968, p.113, a p.129 s., ove, posto che "i limiti dell'obbligo di motivare . . . dipendono dalla natura dell'atto" si afferma che nel caso di un regolamento destinato ad avere applicazione generale la motivazione "puo' limitarsi a indicare la situazione complessiva che ha condotto alla sua adozione e gli scopi generali che esso si propone", senza la necessita', dunque, "ch'essa specifichi i vari fatti, talora molto numerosi e complessi, in vista dei quali il regolamento e' stato adottato ne', a fortiori, ch'essa ne fornisca una valutazione piu' o meno completa"; v. anche conforme la sentenza Italia c. Consiglio, 166/78, Raccolta 1979, p.2575, cpv.8, ove per gli "atti di portata generale" si ritiene sufficiente che la motivazione chiarisca "i punti essenziali" dei provvedimenti adottati. In particolare, sulla possibilita' che un

regolamento di attuazione venga motivato attraverso il mero rinvio al dispositivo o alle motivazioni del regolamento di base v. poi le sentenze Koninlijke Scholten Honiq, 125/77, Raccolta 1978, p.1991, cpv. 17-22, Eridania, cit., cpv. 14-16 e Denkavit, 35/80, Raccolta 1981, p.45, cpv. 32-36.

5. E' interessante notare a questo proposito come in Ruckdeschel, 117/76 e 16/77, Raccolta 1977, p.1753, al cpv. 9 della sentenza, la Corte mostri una certa riluttanza ad accettare, a sostegno della legittimita' di una classificazione posta in essere da un atto delle istituzioni, giustificazioni non riconducibili alle espresse motivazioni dell'atto medesimo.

6. Cfr. in tal senso, rispetto all'art.7 CEE, SUNDBERG-WEITMAN, Discrimination on Grounds of Nationality - Free Movement of Workers and Freedom of Establishment under the EEC Treaty, 1977, a p.102 ss., che richiama conformi TEMPLE-LANG, The Common Market and Common Law. Legal Aspects of Foreign Investments and Economic Integration in the European Community, with Ireland as a Prototype, 1966, a p.147, HOCHBAUM, Das Diskriminierungs- und Subventionsverbot in der EGKS und EWG, 1962, a p.156 s., STEINDORFF, Der Gleichheitssatz im Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes, 1965, a p.29 ss., IPSEN, Europaeisches Gemeinschaftsrecht, 1972, a p.604, LECHELER, Der Europaeische Gerichtshof und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, 1971, a p.122 ss., KEWENIG, Der Grundsatz der Nicht-Diskriminierung im Voelkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen, 1972, a p.158 ss. Una simile tesi e' sostenuta rispetto all'art.4,b CECA da OLIVIER, "Commento all'art.4", in QUADRI, MONACO, TRABUCCHI, Commentario CECA, 1970, p. 77 ss., a p.96, ove e' citata a sostegno la "Relazione Roblot", in Actes officiels du Congres international d'etudes sur la CECA, IV, 1958, a p.48 s. (ma v. anche WYBO, Discrimination et Marche' Commun, 1966, a p.20). Contra, isolatamente, EHLE, Klage - und Prozessrecht des EWG - Vertrages mit Entscheidungssammlung, 1966, art.7, n.12, p.6, che rinvia alla sentenza Lassalle, 15/63, Raccolta 1964, p.57 a p. 73.

7. Cfr. TIZZANO, "Commento all'art.173", in QUADRI, MONACO, TRABUCCHI, Commentario CEE, 1965, p.1241 ss., a p.1269 s., ove si osserva come nella sua giurisprudenza iniziale la Corte adotti per lo piu' una nozione di sviamento di potere che, conformemente alla tradizione giusamministrativista francese, da rilievo ai motivi o alle intenzioni dell'autore dell'atto (in tal senso si ritiene si muovano le sentenze Paesi Bassi c. Alta Autorita', 6/54, Raccolta 1954-1955, p.203, a p.228, Compagnie des Hauts Forneaux c. Alta Autorita', 2/57, Raccolta 1958, p.123,

a p.139, Groupement des Hauts Forneaux et Acieries Belges c. Alta Autorita', 8/57, Raccolta 1958, p. 213, a p. 233, Fiddelaar c. Commissione, 44/59, Raccolta 1960, p.1047, a p.1065, Kloechner - Werke AG c. Alta Autorita', 17 e 20/61, Raccolta 1962, p.597, a p.632, Italia c. Commissione, 13/63, Raccolta 1963, p.337, a p.355), rilevandosi tuttavia anche che non mancano pronunce in cui la Corte sembra invece indagare sul "fine oggettivo" dell'atto (tale e' considerata la sentenza Federation Charbonniere du Belgique c. Alta Autorita', 8/55, Raccolta 1955-1956, p.285, a p.300 s.).

8. 32/75, Raccolta 1975, p.1085.

9. Nel senso che la disciplina comunitaria (in particolare, l'obbligo della parita' di trattamento nel godimento di vantaggi sociali e fiscali) si applichera' a qualsiasi normativa di uno Stato membro che, obbiettivamente considerata, risulti concorrere nella definizione della condizione giuridica del lavoratore subordinato in materia di previdenza e assistenza, e cio' indipendentemente dal fatto che nelle intenzioni del legislatore nazionale essa riguardi invece lo status di cittadino e persegua altre, distinte finalita': cfr. il caso Coniugi F., 7/75, Raccolta 1975, p.679, e la giurisprudenza citata supra, sub V.2.6.

10. Ibid., Raccolta 1975, a p.1097.

11. Ma v. anche, in precedenza, la sentenza Ugliola, 15/69, Raccolta 1969, p.363, cpv.5, per la quale il fatto che la concessione di particolari benefici ai lavoratori impegnati nella prestazione del servizio di leva costituisca negli intenti del legislatore nazionale un compenso riconosciuto ai propri cittadini per il servizio reso alla patria non vale ad impedire che tali benefici incidano sulla condizioni di occupazione e lavoro e percio' debbano essere estesi anche ai migranti cittadini di un altro Stato membro.

12. 34/79, Raccolta 1979, p.3795, a p.3826 s.: l'Avvocato Generale, pur riconoscendo che a prima vista la citata clausola dell'art.36 sembrerebbe alludere alla necessita' di una valutazione delle intenzioni degli autori del provvedimento oggetto del giudizio, e che in taluni casi tali intenzioni sono anche determinabili, nega tuttavia che l'applicazione della disposizione possa dipendere da una indagine del genere che nella

maggior parte delle ipotesi "sarebbe manifestamente impossibile e anzi non realistica".

13. Naturalmente l' "intento soggettivo" rilevera' sempre quando risulti elemento costitutivo della stessa fattispecie discriminatoria, com'e' ad esempio nel caso di ostacoli agli scambi intracomunitari posti in essere da privati attraverso un uso "in frode alla legge" dei diritti di proprieta' industriale o commerciale.

14. Cfr. l'art.3 del reg.1612/68 in materia di libera circolazione delle persone (G.U.C.E., L 257, 1968, p.2 ss.) per cui sono vietate tutte le misure statali che, per quanto applicabili indipendentemente dalla nazionalita', abbiano lo "scopo o effetto esclusivo o principale . . . di mantenere cittadini di altri Stati membri lontani dall'impiego loro offerto".

15. Cfr. la sentenza Groenveld, 15/79, Raccolta 1979, p.3409, cpv.7 (il corsivo e' nostro), ove si afferma che l'art.30 vieta "misure che abbiano "per oggetto o per effetto" di restringere le correnti di esportazione (similmente, l'Avvocato Generale nel caso Cinzano, 13/70, Raccolta 1970, p.1089, a p.1102 specifica la portata dell'obbligo di "standstill" di cui all'art.37,2, come divieto di nuovi provvedimenti aventi "lo scopo o l'effetto di operare una nuova discriminazione tra i cittadini degli Stati membri"); ma v. gia', in precedenza, in materia di diritto CECA, la sentenza S.N.U.P.A.T. c. Alta Autorita', 32 e 33/58, Raccolta 1958, p.269, a p.299 ("ogni intervento avente lo scopo o l'effetto di falsare in modo notevole il gioco della concorrenza va considerato discriminatorio e vietato dal Trattato").

16. Così' la Commissione in International Fruit, 51-54/71, Raccolta 1971, p.1107, a p.1113, ove viene preannunciata la nota massima formulata dalla Corte in Dassonville, 8/74, Raccolta 1974, p.837, cpv.5 ("Ogni normativa commerciale che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari va considerata come una misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative") ripresa, com'e' noto, in una consolidata giurisprudenza successiva (che la valutazione sulla esistenza di una lesione dei divieti di cui agli artt.30 e 34 si svolga verificando, in primo luogo, l'idoneita' della misura sottoposta a controllo ad ostacolare la libera circolazione delle merci fra gli Stati membri e' confermato, piu' o meno espressamente, dalla totalita' dei casi

in materia considerati nel corso di questo lavoro: v., tra gli altri, Gilli, 788/79, Raccolta 1980, p.2071, cpv.5-8, Fietje, 27/80, Raccolta 1980, p.3839, cpv.9, Rewe Zentrale AG II, (Cassis de Dijon), 128/78, Raccolta 1979, p.649, cpv.8-14, Donckerwolcke, Raccolta 1976, p.1921, cpv.17-19, e così via; su cosa poi questo significhi in termini di nozione materiale di eguaglianza, e cioè una immotivata presunzione assoluta di "irragionevolezza" nei confronti di qualsiasi misura fonte di effetti restrittivi sugli scambi, v. le osservazioni critiche svolte supra, sub V.1.). Per una conferma sulla irrilevanza dell'intento nel giudizio ex artt.30-34 v. le conclusioni dell'Avv. Gen. Reischl in Commissione c. Francia, 152/78, Raccolta 1980, p.2299, a p.2322, ove si afferma che perché vi sia una misura di effetto equivalente "non è determinante che . . . si intenda ostacolare il commercio, bensì che la normativa sia atta a costituire un ostacolo al commercio" (enfasi nell'originale).

17. V., p.e., in materia di libera circolazione delle persone, la pronuncia in causa 167/73, Commissione c. Francia, Raccolta 1974, p.359, ai cpv. 34, 41, 42, 46 e 47, in cui si censura la norma di uno Stato membro per cui l'equipaggio di navi mercantili doveva essere sempre costituito in una certa proporzione da propri cittadini nonostante il Governo di tale Stato avesse dato istruzioni di applicarla equiparando ai propri cittadini quelli degli altri Stati membri delle Comunità, e ciò appunto per l'ostacolo alla mobilità territoriale dei lavoratori che la situazione ambigua originata dalla vigenza di quella norma comunque determinava.

18. L'Avv. Gen. Capotorti nel caso Ruckdeschel (cit., Raccolta 1977, a p.1782), contrastando una opposta tesi del Consiglio, osserva come la nozione di discriminazione accolta dalla giurisprudenza sia "fondata essenzialmente su elementi qualitativi e non quantitativi", il principio dell'uguaglianza di trattamento dovendo valere indipendentemente dalla dimensione del fenomeno (economico) considerato. Ma v. anche la sentenza citata nella nota precedente ove l'indicato stato di incertezza in cui il migrante viene a trovarsi rispetto alla fruibilità dei propri diritti comunitari di mobilità viene riconosciuto come "un ostacolo di scarsa entità" per la parità di accesso all'impiego, e nondimeno è egualmente fatto oggetto di censura.

19. Si veda soprattutto la giurisprudenza in materia di misure di effetto equivalente a restrizioni quantitative, cit. supra alla nota 16 e testo relativo, nella quale viene spesso dato rilievo ad ostacoli agli scambi anche solo "indiretti" o "potenziali" (così la Corte espressamente in Dassonville, loc.

ult. cit.). Ma v. anche, in un diverso settore, la sentenza Fleischkontor, 39/70, Raccolta 1071, p.58, cpv.5, in cui la Corte censura una norma statale che riconosceva agli organi interni della pubblica amministrazione margini di valutazione discrezionale nella concessione di benefici garantiti ai privati come diritti dall'ordinamento comunitario, tra l'altro (l'argomento e' ad abundantiam) perche' tale discrezionalità potrebbe consentire disparità di trattamento discriminatorie (esplicitamente, sulla possibilità di sanzionare discriminazioni meramente potenziali, l'Avv. Gen. Dutheillet de Lamothé, ibid., a p.65).

20. Erzbergbau AG c. Alta Autorita', 3-18, 25 e 26/58, Raccolta 1960, p.259, a p.393: "il concetto di discriminazione non implica, per definizione, che un danno diretto sia stato causato; esso invece presuppone anzitutto che un trattamento diverso sia stato riservato a casi comparabili. E' vero che l'applicazione di diverso trattamento e' in taluni casi atta a provocare dei danni i quali possono considerarsi come la conseguenza rivelatrice di una discriminazione; sarebbe tuttavia arbitrario applicare il concetto di discriminazione ai soli casi di trattamento diverso nei quali gli interessati subiscono un danno effettivo". Naturalmente cio' non esclude che la prova del danno possa rilevare in sede di valutazione dell'interesse ad agire della parte ricorrente, particolarmente nel caso di ricorsi di privati contro decisioni individuali: in tal senso, ad esempio, ci sembra vadano intese le considerazioni della Corte ai cpv.9-10 della sentenza Forges de Thy - Marcinelle, 26 e 86/ 79, Raccolta 1980, p.1083, ove si nega la censurabilità in punto di eguaglianza di una decisione dell'Alta Autorita' CECA istituyente un regime di prezzi minimi per i soli produttori comunitari, e non anche per i produttori di Stati terzi importatori nel mercato comune, nella misura in cui il ricorrente non dia prova del fatto che i suoi concorrenti stranieri "abbiano in effetti profittato di tali lacune per operare sul mercato in modo da compromettere seriamente la sua situazione finanziaria".

21. La genericità e la molteplicità degli obbiettivi che vincolano le istituzioni nell'esercizio di tali poteri discrezionali rende infatti alquanto facile l'individuazione, in ciascun caso concreto, di (almeno) un fine lecito idoneo a giustificare le scelte normative da esse operate, com'è indirettamente dimostrato dal fatto che sono quanto mai rare le sentenze in cui il vizio di sviamento di potere sia stato accertato (cfr., p.e., VAJDA, "Some Aspects of Judicial Review within the Common Agricultural Policy", ELR, 1979, p.244 ss, a p.247, che sottolinea l'assenza di sentenze in cui atti delle

istituzioni in materia di agricoltura siano stati censurati per sviamento dagli obbiettivi definiti nell'art.39).

22. V. le sentenze citate supra, sub V.3.1., alle note 347-348 e testo relativo, cosi' come la giurisprudenza richiamata da DRUESNE, "La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Europeennes en matiere agricole (1958 - 1977). Premiere theme: Les buts de la politique agricole commune", RMC, 1978, n.220, p.468 ss., a p.474, il quale parla a questo proposito di una "force habilitante" che gli obbiettivi di cui all'art.39 avrebbero rispetto a provvedimenti "dirigisti" altrimenti inammissibili.

23. Per quanto riguarda i concetti di "controllo di necessita'" e "controllo di proporzionalita'" v. supra, sub II.1.3.3.

24. Sull'opportunita' che anche in tali ipotesi si verifichi che il sacrificio di interessi comunitariamente protetti, prodottosi nel perseguimento di un fine lecito, sia necessitato ed obbiettivamente giustificato, cfr. invece le conclusioni dell'Avv. Gen. Capotorti in Bela Muehle, 114/76, Raccolta 1977, p.1211, a p.1228.

25. V. quanto osservato piu' diffusamente supra, sub I.2.1.1.

26. E' chiaro che se questo fosse un interesse fittizio la deroga non opererebbe affatto, avendosi una di quelle "restrizioni dissimulate al commercio" espressamente vietate dall'art.36.

27. 16/78, Raccolta 1978, p.2297, al cpv. 7.

28. 8/77, Raccolta 1977, p.1495, ai cpv. 11-12.

29. Cfr. infatti la sentenza Merkur (43/72, Raccolta 1973, p.1055, cpv. 22-24) - nella quale la necessita' che le perturbazioni al regolare funzionamento dei mercati agricoli siano fronteggiate in tempi molto brevi e' richiamata per legittimare la sommarieta' classificatoria di provvedimenti adottati a tal fine dalla Commissione ex art.103,2 - con la sentenza Effrem (95/75, Raccolta 1976, p.361, cpv.7; ma piu'

esplicitamente sul punto v. le conclusioni dell'Avv. Gen. Reischl, ibid., a p.370 ss.) - ove invece proprio l'assenza di condizioni di urgenza porta a censurare il ricorso da parte della Commissione, nella gestione di prelievi sulle importazioni, a criteri "forfettari", appunto in quanto in tal modo, non dandosi rilievo alle peculiarità distintive delle fattispecie disciplinate rispetto al fine perseguito, nonostante la possibilità di farlo, si da origine ad una classificazione verosimilmente irrazionale.

30. V., p.e., la sentenza Grosoli, 35/79, Raccolta 1980, p.177, cpv.7-10, in particolare il cpv.9, e le osservazioni in tale caso della Commissione, ibid., a p.187.

31. L'atteggiamento realista del giudice comunitario si manifesta all'atto appunto dell'accertamento, in punto di fatto, della classificazione soggettiva effetto dell'intervento normativo, e cioè in una fase logicamente precedente alla valutazione della classificazione medesima alla luce della nozione materiale di eguaglianza protetta, alla verifica cioè se essa configuri o meno una disparità di trattamento discriminatoria.

32. Soprattutto nelle norme secondarie in materia di libera circolazione dei servizi e di libertà di stabilimento: v., p.e., il Titolo III, lettera B del "Programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento" (in G.U.C.E., 1962, n.2, p.32 ss., a p.33), ove si qualificano come restrizioni occulte, vietandole, tutte quelle "condizioni alle quali una disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa subordinano l'accesso ad una attività non salariata o il suo esercizio e che, sebbene applicabili senza distinzione di cittadinanza, ostacolano esclusivamente o principalmente l'accesso o l'esercizio di tale attività ai cittadini stranieri"; o, più di recente, la dir.77/249 del Consiglio (G.U.C.E., L 78, 1977, p.17 ss.) che nel liberalizzare la prestazione di servizi da parte di avvocati vieta che questa venga sottoposta alla condizione della residenza e della iscrizione agli albi ed alle organizzazioni professionali dello Stato membro ove la prestazione viene svolta. Per esempi concreti di tali restrizioni occulte v. poi NASCIMBENE, Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo, 1984, a p.393.

33. Cit., Raccolta 1969, a p.374. La Corte non entra invece nel merito della citata tesi del Governo tedesco, ed afferma

l'incompatibilita' della norma col diritto comunitario apparentemente per altra via, e cioe' a causa del mancato rispetto da parte dello Stato membro di un obbligo di equiparazione (ai fini della concessione di vantaggi sociali in materia di lavoro) fra situazioni svolgentesi all'interno del territorio statale e situazioni identiche prodottesi al di fuori di questo, obbligo che si ritiene derivabile dal divieto di discriminazioni in base alla nazionalita'. In realta', come si e' gia' notato piu' diffusamente in un altro lavoro ("Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione nella giurisprudenza comunitaria in materia di diritti di mobilita' territoriale e professionale dei lavoratori", RDE, 1983, p.325 ss., a p.351, nota 109), sembra essere proprio la volonta', sia pure non esplicitata, di evitare una "discriminazione occulta" a determinare la decisione della Corte: come dimostra la successiva pronuncia Kelly (1/78, Raccolta 1978, p.1489) in cui invece e' negata invece in linea di principio l'esistenza di un obbligo di tal genere, affermandosi soltanto come limite esterno alle scelte operate sotto tale profilo dagli Stati membri quello di non produrre, anche indirettamente, discriminazioni a danno di cittadini di altri Stati membri, e cio' a nostro avviso appunto in quanto in questa fattispecie, a differenza di quella considerata in Ugliola, la mancata equiparazione appare al giudice comunitario causa possibile, ma non necessaria, di discriminazioni.

34. Sotgiu, 152/73, Raccolta 1974, p.153, cpv. 11.

35. Cosi', quasi letteralmente, il cpv.17 di Kenny, cit.

36. V. il caso Commissione c. Francia, cit., in particolare le osservazioni della Commissione, Raccolta 1980, p.2304, ed il cpv.13 della sentenza.

37. Cfr. l'art.2,3,g, della dir.70/50 (G.U.C.E., L 13, 1970, p.29 ss.) che qualifica e vieta come misure d'effetto equivalente a una restrizione quantitativa quelle che condizionano l'accesso di beni stranieri sul mercato interno all'esistenza nello Stato di importazione di un agente o rappresentante dell'esportatore.

38. V. le osservazioni della Commissione nel caso De Peijper, cit., Raccolta 1976, p.629 s., e le conclusioni dell'Avv. Gen. Trabucchi nel caso Dassonville, cit., Raccolta 1974, p.861 s.

39. E' questa la fattispecie considerata nella sentenza Commissione c. Italia, 193/80, Raccolta 1981, p.3019, di cui v. soprattutto il cpv.20 ( ma cfr. anche rispetto allo stesso complesso di norme la sentenza Gilli, cit., al cpv.10). Similmente (in merito a quote di produzione che, dato il modesto consumo interno del bene interessato, risultano dannose solo e soprattutto per le esportazioni) v. anche le conclusioni dell'Avv. Gen. Mayras in Van Haaster, 190/73, Raccolta 1974, p.1123, a p.1137.

40. Caso cit., Raccolta 1977, a p.1230.

41. V. supra, sub V.1.2., alle note 179-181 e testo relativo.

42. - Così' in Kampffmeyer, 56-60/74, Raccolta 1976, p.711, cpv.15, si considera l'ingiustificato svantaggio competitivo subito dai consumatori tedeschi di grano duro rispetto ai loro concorrenti francesi quale conseguenza di misure di sostegno adottate a favore dei produttori di tale bene.

43. Si tratta del caso Geitling c. Alta Autorita', 2/56, Raccolta 1956-1957, p.11, avente per oggetto un accordo intervenuto tra le imprese minerarie dell Ruhr per la vendita in comune della loro produzione attraverso tre Uffici, accordo che, consentendo l'acquisto diretto soltanto a grossisti, subordinava il riconoscimento di tale qualifica al conseguimento di certi livelli di volume di acquisto e conteggiava a tal fine soltanto gli acquisti fatti presso tali Uffici e non anche presso altri produttori: la Corte non esita ad affermare (a p.44) che "tale modo di procedere costituisce una discriminazione indiretta (fra produttori) in quanto determina gli acquirenti a rifornirsi di preferenza presso i produttori di carbone della Ruhr a danno di quelli della Comunita'", senza che rilevi la natura "orizzontale" della disparita' di trattamento introdotta, il fatto cioe' che fonte e destinatari di questa siano soggetti operanti allo stesso "livello", fra i quali non sussiste un rapporto diretto di subordinazione normativa (conforme, sulla configurabilita' di discriminazioni, sia pure solo per via indiretta, fra "entita' economiche che stanno sullo stesso piano" l'Avv. Gen. Roemer, ibid., a p.75).

44. Sulla possibilita' ed utilita' del ricorso, nell'ambito del "giudizio d'eguaglianza", a categorie tipiche del diritto

penale v. le posizioni richiamate supra, sub I.2.1.1., alle note 100-101 e testo relativo.

45. Così SCHINDLER, Gleichberechtigung von Individuen als Problem der Voelkerrechts, 1957, p.143 ss. Ma v. anche WOHLFARTH, in WOHLFARTH, EVERLING, GLAESNER, SPRUNG, Die Europaeische Wirtschaftsgemeinschaft - Kommentar zum Vertrag, 1960, p. 15 ss., a p. 18.

46. Non ci sembra invece affatto significativa, ai fini della individuazione dei limiti di rilevanza nell'ordinamento comunitario delle discriminazioni indirette, la tesi dell'Avv. Gen. Slynn in Faust, 52/81, Raccolta 1982, p.3745, a p.3779, per cui la dottrina che ne prevede la sanzionabilità varrebbe solo a fronte di atti i cui effetti si fanno sentire nell'ambito delle Comunità, e non sarebbe perciò utilizzabile nella materia dei rapporti commerciali con paesi terzi: queste affermazioni non sono infatti altro che un riflesso di quel fraintendimento sulla funzione del principio di eguaglianza come norma di legalità superiore che, come già rilevato, caratterizza la giurisprudenza in merito al controllo di legittimità in materia di relazioni esterne, a ad esse si applicano quindi le critiche già mosse a tale proposito (supra, sub III.4.).

47. Potrebbero infatti valere a questo proposito, mutatis mutandis, le considerazioni svolte dall'Avv. Gen. Lagrange nelle conclusioni al caso Wirtschaftsvereinigung Eisen -und Stahlindustrie, cit., Raccolta 1958, a p.345, ove, relativamente all'accertamento del vizio di sviamento di potere, si osserva che in presenza di errori delle istituzioni i quali, qualora lo scopo legale e ufficiale fosse stato effettivamente perseguito, potrebbero spiegarsi solo con una "grave mancanza di previdenza e circospezione", poiché questa non può presumersi da parte di una pubblica autorità, dovrà ritenersi provata l'esistenza di uno scopo diverso da quello dichiarato. Per un esempio, v. la sentenza Cassis de Dijon, cit., ove, seguendo appunto l'invito dell'Avvocato Generale (Raccolta 1979, p.672 s.) a cercare "il vero motivo delle misure in discussione . . . altrove" (altrove rispetto alle attestazioni del Governo tedesco in merito alla funzione svolta da una normativa fissante limiti minimi di gradazione alcolica), la Corte (cpv.9-11 della sentenza) nega valore alle ragioni di salvaguardia della salute pubblica ufficialmente addotte dalla Repubblica Federale, e cioè appunto per la irrazionalità di tali misure (rispetto allo scopo dichiarato) evidenziata da fatti notori come le abitudini dei consumatori di alcolici e la struttura del relativo mercato.

48. E precisamente all'atto dell'analisi: del principio di proporzionalita' quale fonte nel riconoscimento normativo del principio di eguaglianza (supra, sub II.1.3.3.); della razionalita' quale componente della nozione materiale di eguaglianza comunitariamente protetta (supra, sub V.2.7.); del regime giuridico delle deroghe al principio di eguaglianza (supra, sub V.3.2.).

49. Sentenza cit., ai cpv.10/11.

50. 41/76, Raccolta 1976, p.1921, ai cpv.33-34.

51. V. le sentenze citate supra, sub V.3.2., note 428-430 e testo relativo; ma v. anche, sempre in materia di libera circolazione delle merci, la sentenza De Pejper, cit., nella parte in cui (cpv.23/24-28) la Corte sottolinea la configurabilita' di mezzi di prova alternativi a quello stabilito dalle autorita' nazionali per accertare la conformita' di singole partite di medicinali importati ai requisiti merceologici dichiarati. Rispetto ad un altro settore di diritto materiale comunitario v. poi il caso Kampffmeyer, cit., ove l'Avv. Gen. Reischl (Raccolta 1976, p.756), riprendendo simili argomentazioni delle parti private nel giudizio a quo (ibid., a p.723 ss.), ritiene censurabile la mancata modificazione da parte delle istituzioni di un regime di sovvenzioni ai produttori agricoli che per le modificate condizioni del mercato mondiale produce discriminazioni fra categorie di consumatori, quando le finalita' di tale regime possono essere parimenti conseguite con misure diverse, aventi la stessa efficacia, ma meno o affatto lesive della libera concorrenza.

52. In Watson, 118/75, Raccolta 1976, p.1185, la Corte afferma che le autorita' di uno Stato membro hanno certo la facolta' di comminare sanzioni per l'inosservanza dell'obbligo imposto agli stranieri di notificare la loro presenza sul territorio nazionale, ma che "sarebbe tuttavia ingiustificato ricollegare a quell'inosservanza sanzioni talmente sproporzionate da risolversi in un ostacolo alla libera circolazione delle persone" (cpv.21, il corsivo e' nostro), come sarebbe appunto nel caso dell'adozione di provvedimenti di espulsione (cfr. il cpv.20): che la Corte stia qui operando un "bilanciamento" del valore relativo dei confliggenti interessi, statale e comunitario, in gioco e' mostrato dalla frase piu' su enfatizzata e puo' dedursi indirettamente dal fatto che nelle sue conclusioni al precedente caso Royer (48/75, Raccolta 1976, p.497, a p.523) l'Avv. Gen. Mayras, nel formulare tesi del tutto simili e quindi

affatto conservazione delle correnti commerciali "tradizionali" preesistenti, nei singoli mercati nazionali, alla creazione del mercato comune, e Kampffmeyer, 56-60/74, Raccolta 1976, p.711, al cpv.13, ove la Corte nega che la stabilizzazione dei mercati implichi che "debbono in ogni caso essere fatte salve le posizioni costitutesi nella precedente situazione di mercato" (conforme la Commissione, ibid., a p.736). In senso simile cfr. poi anche l'interessante caso dell'isoglucosio (i cui fatti sono chiaramente riassunti da VAJDA, op. cit., a p.254 s.) ove la tesi delle istituzioni per cui era giusto che tale prodotto, essendo causa di maggiori eccedenze dello zucchero, sopportasse gli oneri relativi al loro assorbimento (cfr. in particolare la Commissione in Royal Scholten Honig e Tunnel, cit., Raccolta 1978, a p.2055) viene nettamente rigettata dall'Avv. Gen. Reischl (in Koninlijke Scholten Honig, cit., Raccolta 1978, a p.2026 s.) per il quale dal principio della liberta' di accesso al mercato a parita' di condizioni discende appunto il divieto di "riservare" quote di mercato a vantaggio di certi beni e di limitare in tal modo la concorrenza che a questo puo' essere fatta da nuovi prodotti piu' competitivi (implicitamente conviene sul punto la Corte, ai cpv.63-66 della sentenza Royal Scholten Honig, cit.).

195. Cfr. i casi Róquette, 34/74, Raccolta 1974, p. 1217, C.N.T.A., 74/74, Raccolta 1975, p. 533, Cotella, 67 e 85/75, Raccolta 1976, p. 391, ed il commento di DRUESNE, op. ult. cit., a p.33.

196. V. la sentenza Eridania, 230/78, Raccolta 1979, p.2749, ai cpv.17-19, ove si nega la discriminatorietà di provvedimenti speciali indirizzati alle sole imprese italiane operanti nei settori saccarifero e bieticolo dato il fine perseguito di ristrutturazione delle relative industrie in vista di livelli piu' alti di efficienza (cfr. in particolare le osservazioni del Consiglio, ibid., a p.2760). V. anche le conclusioni dell'Avv. Gen. Capotorti in Ruckdeschel, 117/76 e 16/77, Raccolta 1977, p. 1753, a p.1781 ss., allorché, posto che "nell'applicazione normale dei trattati comunitari la differenza fra i costi di produzione delle imprese in relazione a prodotti identici o concorrenti non puo' costituire un elemento di differenziazione atto, di per se' solo, ad escludere la comparabilità delle situazioni delle imprese considerate, e, quindi, a consentire differenze di trattamento", viene tuttavia fatta salva, fra l'altro, la possibilità "di particolari regole miranti a facilitare l'adattamento delle imprese meno produttive alle esigenze della concorrenza nel quadro del mercato comune" citandosi a sostegno la sentenza Charbonnages Belges, 9/55, Raccolta 1955-1956, p.317. Cfr. infine le osservazioni della Commissione in Van Tiggele, 82/77, Raccolta 1978, p. 25, a p.35,

allorche' riconosce la compatibilita' con il diritto comunitario di disposizioni che, imponendo margini di utile minimi, limitano la liberta' di concorrenza ma nella misura strettamente necessaria per conseguire la razionalizzazione del mercato sotto il profilo della distribuzione delle merci.

197. Kramer, cit., ai cpv. 56/59.

198. E' proprio la mancata accentuazione di questa distinzione che rende non sempre facile interpretare la posizione della Corte in materia. Ad esempio in Arnaud (89/74, 18 e 19/75, Raccolta 1975, p.1075, in particolare ai cpv.10-16), chiamata a valutare una misura assunta da uno Stato membro per il controllo della sofisticazione dei vini, la Corte afferma che questa non sarebbe ammissibile "se fosse, in pratica, diretta a sfavorire i vini provenienti da altri Stati membri e costituisse, in tal modo, una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa": cio' che potrebbe valere a sanzionare sia il contenuto obbiettivamente discriminatorio del provvedimento (come indicano le osservazioni dell'Avv. Gen. Trabucchi, ibid., a p.1040 ss.), sia anche gli effetti discriminatori derivanti dalla mera diversita' di legislazione tra Stato esportatore e Stato importatore (come sostenuto dalle parti private nel giudizio a quo: cfr. ibid., a p.1028). La distinzione non e' evidentemente priva di rilevanza pratica: nel secondo caso, ma non anche nel primo, ad eliminare la discriminazione basterebbe la adozione generalizzata della misura in esame da parte di tutti gli Stati membri.

199. V. SUNDBERG-WEITMAN, Discrimination on Grounds ecc., cit., a p.39 ss., della quale e' l'espressione citata, e che richiama le posizioni conformi di STEINDORFF, Der Gleichheitssatz im Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes, cit., a p.35 ss., e KLAER, "Die Anwendung von Diskriminierungsverboten im Gemeinsamen Verkehrsmarkt", in Zur Stellung der Mitgliedstaaten im Europarecht, 1967, p.98 ss., a p.101.

200. Cfr., oltre alla giurisprudenza richiamata supra, sub III.2., nota 14 e testo relativo, le conclusioni dell'Avv. Gen. Dutheillet de Lamothe in Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Raccolta 1970, p. 1125, a p.1156.

201. V. la distinzione operata da CONSTANTINESCO, "La constitution economique de la C.E.E.", RTDE, 1977, p.244 ss.,

66. Cfr. gli artt.21 dello Statuto e 38,7 del Regolamento di procedura.

67. Cfr. gli artt.29 dello Statuto; 45, 46, 47, 48, 49, 52 e 60 del Regolamento di procedura. Come esempio di un caso caratterizzato da una intensa attivita' istruttoria si veda Commissione c. Repubblica Federale, 63/74, Raccolta 1975, p.181, ove l'Avvocato Generale arriva addirittura a proporre che venga ordinata l'effettuazione di un sondaggio di opinione per stabilire il significato correntemente attribuito ad alcuni termini qualificati dal legislatore nazionale come denominazioni d'origine. Altre volte, tuttavia, la Corte fonda il proprio giudizio sui soli probata partium: in Dassonville, p.e., le maggiori difficolta' che un importatore indiretto incontra nel procurarsi un certificato d'origine vengono evinte "dal fascicolo processuale e dalle osservazioni orali delle parti" (sentenza cit., al cpv.4).

68. Il processo comunitario ecc., cit., p.207 ss., da cui sono riprese quasi letteralmente le osservazioni che seguono.

69. Nelle ipotesi eccezionali di giudizi per opposizione di terzo o di revocazione: cfr. gli artt.97-100 del Regolamento di procedura.

70. Così' GREMENTIERI, op. e loc. ult. cit.

71. Se la "rinuncia alla pretesa" prevista dall'art.77 del Regolamento di procedura, secondo quanto dispone lo stesso articolo, non produce alcun effetto per i ricorsi in annullamento o in carenza, la "rinunzia agli atti" di cui al successivo art.78, comportando la cancellazione della causa dal ruolo, sembra invece precludere rispetto a qualsiasi tipo di ricorso la pronuncia della Corte.

72. Cfr. la relazione Deringer, cit., a p.15, ove si osserva come le proposte volte ad ampliare la protezione giuridica dei privati nelle Comunita' incontrano di solito due obiezioni: quella per cui "una tutela giuridica troppo perfetta metterebbe in pericolo il funzionamento delle Comunita' perche' i suoi organi, ed in particolare gli esecutivi, non disporrebbero piu' del campo d'azione necessario per agire rapidamente"; e quella per cui "se misure vaevoli erga omnes potessero essere impugnate con successo da ciascun privato regnerebbe una notevole

incertezza giuridica per tutti gli altri cittadini delle Comunita'".

73. Ci riferiamo agli esempi di "giurisdizione costituzionale delle liberta'" (per riprendere il termine di CAPPELLETTI nell'omonimo saggio gia' citato, cui si rinvia per una loro dettagliata descrizione) offerti da vari ordinamenti statali europei (Repubblica Federale Tedesca, Confederazione Elvetica, Land bavarese).

74. Cosi' l'art.173,2; ma v. similmente, per quanto riguarda il ricorso in carenza, quanto dispone l'art.175,3.

75. L'art.173,3, dispone che i ricorsi ivi contemplati debbano essere proposti entro il termine di due mesi decorrente dalla data della pubblicazione dell'atto o della sua notificazione al ricorrente, e, in mancanza, dal giorno in cui questi ne ha avuto conoscenza. Naturalmente va ricordato che ai sensi dell'art.184, nell'eventualita' di una controversia che metta in causa un regolamento, ciascuna parte puo', anche dopo lo spirare del termine in esame, valersi dei motivi previsti dall'art.173,1 per invocare l'inapplicabilita' del regolamento stesso; tale norma, tuttavia, riferendosi ad una valutazione di natura incidentale da parte della Corte, puo' appunto portare soltanto alla disapplicazione nel caso concreto di un atto che formalmente resta in vigore e continua a produrre i suoi effetti erga omnes.

76. Sui casi in cui la parte soccombente puo' essere condannata alle spese, e sulla relativa inefficacia del sistema di gratuito patrocinio previsto dall'art.76 del Regolamento di procedura, v. le osservazioni sempre del GREMENTIERI, Il processo comunitario ecc., cit., p.136 ss.

77. Si discute, peraltro, se anche in tal caso il giudice interno a quo manterrebbe un margine di discrezionalita', spettandogli una preliminare verifica della rilevanza, o addirittura anche della fondatezza, della questione: per due posizioni opposte sul punto cfr. FERRARI-BRAVO, "Commento all'art.177", in QUADRI, MONACO, TRABUCCHI, Commentario CEE, cit., p.1310 ss., a p.1321 ss., e BEBR, Judicial Control in the European Communities, 1962, p.192 ss.

78. Per questi stessi motivi non va esagerata l'importanza della procedura di cui all'art.177 quale "espediente" a disposizione del privato per ottenere, superando il menzionato limite di cui all'art.173,2, una dichiarazione di invalidita' di atti normativi generali delle istituzioni, anche perche' a tal fine risulterebbe spesso necessario dar vita ad una fictio litis, con i rischi che questa comporta nel caso di commissione di illeciti sanzionabili, e con la necessita' di superare l'ostilita' della Corte, espressa inequivocabilmente nelle due sentenze Foglia c. Novello (104/79, Raccolta 1980, p.745 e 244/80, Raccolta 1981, p.3045), a pronunciarsi in assenza di un "real case or controversy". Quanto poi all'azione per responsabilita' aquiliana delle Comunita' prevista dagli artt.178 e 215, pur potendo essere esperita anche nei confronti di atti normativi che comportando la "violazione grave di una norma superiore intesa a tutelare i singoli" (quale senz'altro e' il principio di eguaglianza) abbiano causato danni al privato (cfr. in tal senso, fra le altre, la sentenza Schoeppenstedt, 5/71, Raccolta 1971, p.975), essa non comporta in caso di esito positivo l'eliminazione dell'atto, anche quando ne sia accertata incidentalmente l'illegittimita', ma soltanto la condanna delle Comunita' al risarcimento dei danni causati.

79. Cfr. gli artt.169; 170; 173,1; 175,1.

80. L'ipotesi di un ricorso in carenza ex art.175 da parte di un privato al fine di obbligare la Commissione o il Consiglio ad agire di fronte alla Corte di giustizia contro violazioni del diritto comunitario si scontra con il limite, posto dal terzo comma di tale articolo, allorché questo prevede che l'omissione riguardi l'emanazione di un atto "diretto" nei confronti del ricorrente.

81. L'art.185, posto che i ricorsi proposti alla Corte di giustizia non hanno effetto sospensivo, ammette tuttavia che la Corte possa, quando reputi che le circostanze lo richiedano, ordinare la sospensione dell'atto impugnato; l'art.186 attribuisce alla Corte il potere di ordinare, negli affari che le sono proposti, i provvedimenti provvisori necessari; l'art.192,4, dichiara che l'esecuzione forzata di decisioni del Consiglio e della Commissione comportanti un obbligo pecuniario puo' essere sospesa soltanto in virtu' di una decisione della Corte; l'art.36 dello Statuto facoltizza il Presidente della Corte a deliberare con procedura sommaria sulle misure previste dai precedenti articoli del Trattato; gli artt.83-90 del Regolamento disciplinano la procedura da seguire appunto in tali circostanze.

82. Su tale interpretazione del contenuto della norma, prevalente in dottrina e giurisprudenza, v. TIZZANO, La Corte di Giustizia ecc., cit., a p.223 ss. e p.245 ss.

83. Cfr. TIZZANO, "Commento all'art.185", in QUADRI, MONACO, TRABUCCHI, Commentario CEE, cit., p.1366 ss., a p.1367 s. La Corte potrebbe invece senz'altro adottare anche nei confronti di Stati membri le altre misure provvisorie a carattere cautelare o conservativo di cui all'art.186.

84. Con i dovuti adattamenti, lo stesso puo' valere per i giudizi ex art.177 su questioni pregiudiziali: anche in questo caso infatti la Corte non fara' altro che individuare in via interpretativa quali siano gli elementi sufficienti a ritenere provata una discriminazione in violazione del diritto comunitario.

85. Cit. supra, alla nota 16.

86. Come si e' gia' detto (supra, sub V.1.) sarebbe invece errato, perche' in conflitto con la reale funzione della disciplina di cui agli artt.30 e 34, interpretare tale massima come un divieto generalizzato di qualsiasi effetto restrittivo sugli scambi, indipendentemente da una verifica sulla sua giustificabilita' o -meno alla luce della teoria economica liberoconcorrenziale: l'unico modo per rendere coerente la formula Dassonville con il complessivo sistema giuridico comunitario e' appunto quella di considerarla come espressione di una presunzione relativa.

87. Sentenza cit., cpv.14 in fine.

88. V. infatti, in questo senso, la lettura della sentenza data dalla Commissione nella Comunicazione riportata in G.U.C.E. C 256, 1980, p.2 s.

89. Cfr. il cpv.7 della sentenza Stoelting, 138/78, Raccolta 1979, p.713, ove la Corte si limita a rinviare alle motivazioni fornite dal Consiglio a sostegno della legittimita' di una certa misura, e l'interpretazione, conforme a quanto qui si sostiene, datane dal NERI, "Le principe de proportionnalite' dans la jurisprudence de la Cour relative au droit communautaire agricole", RTDE, 1981, p.652 ss., a p.660. Una conferma a

contrario si puo' poi derivare da quelle sentenze (p.e. FRUBO, 71/74, Raccolta 1975, p.563, Suiker Unie, 40-48, 50, 54-56, 111,113 e 114/75, Raccolta 1975, p.1663) secondo le quali nel caso di limitazioni della concorrenza nei mercati agricoli, legittime perche' funzionali ad una organizzazione nazionale di mercato o al conseguimento degli obbiettivi di cui all'art.39, poste in essere da privati, dunque da soggetti nei confronti dei quali, almeno in questa ipotesi non e' dovuto un atteggiamento di astensione agiudiziale, l'onere di provare tale funzionalita', e dunque la derogabilita' ai principi di cui agli artt.85-90, ricade appunto sugli enti fonti della norma, e non sulla Commissione o su altri soggetti che ne contestino la legittimita' (conformi GIJLSTRA, MURPHY, "Some Observations on the Sugar Cases", CMLR, 1977, p.45 ss., a p.55).



NOTE AL CAPITOLO VII

1. Supra, sub I.3.

2. Ci riferiamo soprattutto alla giurisprudenza della Supreme Court statunitense che dopo aver elaborato un modello tripartito di "strict", "intermediate", "minimum rationality" scrutiny per la garanzia del principio costituzionale della "equal protection of laws", ha poi sentito il bisogno di procedere ad ulteriori elaborazioni e specificazioni di questo in relazione alle caratteristiche dei vari interessi alla non-discriminazione via via emergenti nella prassi, con l'effetto di dare origine ad una situazione che la dottrina ed alcune voci dissenzienti nella stessa Corte oggi considerano estremamente confusa e quanto mai pernicioso in termini di certezza giuridica e prevedibilita' delle decisioni (cfr., p.e., quanto osservato supra, sub I.3. alla nota 171 e testo relativo)..

3. Così' NERI, "Le principe de proportionnalite' dans la jurisprudence de la Cour relative au droit communautaire agricole", RTDE, 1981, p.652 ss., a p.654 ss., per il quale sarebbe tuttavia errato ritenere "que les pouvoirs de controle" du juge communautaire, quant a' la legalite' d'un act normatif de la Communauté, ne varient pas selon la 'nature' de l'acte mise en cause, mais sont les memes tant pour les actes de caractere reglementaire que pour les actes legislatifs" (enfasi nel testo), essendo appunto dato di cogliere alcune variazioni che il sindacato giudiziale subirebbe in relazione appunto al tipo di atto esaminato.

4. Si considerino, p.e., i casi frequenti nei quali il Consiglio, nel definire la disciplina di una organizzazione comune di mercato, attribuisce alla Commissione la competenza ad assumere qualsiasi provvedimento utile a tutelare "l'interesse ad evitare perturbazioni nel mercato comunitario", clausola questa quanto mai generica ed in un certo senso meramente ripetitiva dell'obbiettivo fondamentale posto dall'art.39 del Trattato relativamente alla stabilizzazione dei mercati agricoli: cfr. per un esempio il reg.1968/73 (G.U.C.E. L 201, 1973, p.10 ss.).

5. Si ricordi infatti che i ricorsi per sviamento di potere, che, come si e' detto, consentono l'indagine giudiziale sulle valutazioni dell'Alta Autorita' CECA su fatti o circostanze economiche, ai sensi dell'art.33,2 del Trattato di Parigi costituiscono anche l'unico strumento attraverso il quale i privati possono impugnare atti normativi di portata generale.

6. V. TIZZANO, "Commento all'art.173", in QUADRI, MONACO, TRABUCCHI, Commentario CEE, 1965, p.1241 ss., a p.1274, ove si sottolinea come l'art.173, affermando che la Corte esercita un controllo "di legittimita'", implicitamente indica che anche nell'ordinamento della CEE il sindacato giurisdizionale del giudice del Lussemburgo incontra gli stessi limiti inerenti alla sua natura ed alla sua funzione espressamente posti dall'art.33 del Trattato CECA. Conforme CAPOTORTI, "Le principe d'egalite' en droit economique: rapport communautaire", in FEDERATION INTERNATIONALE DE DROIT ECONOMIQUE, Le principe d'egalite' en droit economique, 1984, p. 1 ss., a p.16.

7. Ricorda come anche nel diritto amministrativo interno i confini fra controllo di merito e controllo di legittimita' siano tutt'altro che netti il TIZZANO, "Commento all'art.173", cit., a p.1271 ss., per il quale la Corte godrebbe di un certo spazio di movimento fra i due poli della conoscenza del fatto, cui e' senz'altro legittimata, e dell'apprezzamento del medesimo, che dovrebbe invece ritenersi comunque escluso.

8. Così' CAPOTORTI, "Le principe d'egalite'" ecc., cit., a p.17 ss., che in tal modo respinge l'accusa mossa alla Corte di aver invaso con la sua giurisprudenza in materia di non-discriminazione il dominio del potere discrezionale delle istituzioni.

9. V., p.e., le osservazioni del Consiglio in Maizena, 139/79, Raccolta 1980, p.3393, a p.3405 s., ove si afferma con vigore che nell'applicazione di principi come quelli di non-discriminazione o di proporzionalita' a fronte di interventi di carattere economico e, in particolare, di direzione della politica agricola comune, la Corte e' tenuta a riconoscere l'ampia discrezionalità dei poteri attribuiti in materia al Consiglio dal Trattato, esercitando perciò un "controllo limitato" ai soli casi di violazione "manifesta"; similmente, la Commissione in Bela Muehle, 114/76, Raccolta 1977, p.1211, a p.1216, ove si sostiene la sanzionabilità dei soli "errori gravi" di valutazione dei fatti economici commessi dalle istituzioni nell'adottare atti in materia agricola.

10. Così' la Corte in Balkan, 55/75, Raccolta 1976, p.19, cpv.8, Racke, 136/77, Raccolta 1978, p.1245, cpv.4, CNTA, 74/74, Raccolta 1975, p.533, cpv. 16, Italia c. Consiglio, 166/78, Raccolta 1979, p.2575, cpv.14-15 (ove, in particolare, si afferma che la discrezionalità non riguarda esclusivamente la natura e la portata delle disposizioni da adottare, ma anche, in una certa misura, l'accertamento dei dati di base, potendo l'istituzione eventualmente basarsi anche su constatazioni di carattere generale); ma v. anche nel caso Merkur, 43/72, Raccolta 1973, p.1055, cpv.22-25, relativo a misure congiunturali adottate dalla Commissione ex art.103,2, le simili considerazioni della Corte (cpv.22-25) e dell'Avv. Gen. Mayras (ibid., p.1084 ss.) che ricorda anche l'identico approccio seguito dalla Corte rispetto a provvedimenti ex art.226 in Italia c. Commissione, 13/63, Raccolta 1963, p.339 e Repubblica Federale c. Commissione, 50/69, Raccolta 1969, p.450. Sulla connessione fra self-restraint giudiziale e legittimazione democratica delle istituzioni politiche, v. poi espressamente la Corte in Stoelting, 138/78, Raccolta 1979, p.713, cpv.7, alloche' dichiara che il potere discrezionale del Consiglio in materia agricola "corrisponde alle responsabilità politiche che gli artt.40 e 43 gli impongono".

11. Così' l'avv. Gen. Reichl in Maizena, cit., Raccolta 1980, a p.3371.

12. V. supra, sub III.4.

13. 118/75, Raccolta 1976, p.1185, a p.1207.

14. La Corte infatti, come si e' visto, non si limita ad affermare, con l'Avv. Gen. Trabucchi, la incompatibilità col diritto comunitario di sanzioni "manifestamente sproporzionate", ma specifica in dettaglio condizioni e limiti del potere sanzionatorio statale, affermando a priori l'illegittimità di determinati tipi di misure punitive.

15. Cfr. le affermazioni della Corte rispettivamente nei casi Van Duyn, Henn e Darby, De Peijper III, riportate supra, sub V.3.2., secondo le quali spetta a ciascuno Stato membro "in linea di principio " (fatta salva, dunque, la sanzionabilità di valutazioni del tutto irrazionali o di violazioni di eventuali limiti espressi di diritto comunitario) di determinare discrezionalmente in base alla propria scala di valori le nozioni di ordine pubblico o di moralità pubblica tutelate, così' come i

"livelli" di salute pubblica che si intendono salvaguardare all'interno del proprio territorio.

16. In un certo senso questo puo' considerarsi un buon esempio di quel gioco di "spinte" e "controspinte" all'intervento giudiziale che puo' realizzarsi in riferimento ad una stessa fattispecie, e del "modello" standardizzato di scrutinio che ne potrebbe conseguire, di cui si parlava inizialmente: l'esistenza di una deroga ai principi giustifica un controllo "stretto", mentre la rivendicazione di un interesse "sovrano" per eccellenza consiglia un atteggiamento di astensione; come risultante, la Corte realizza un sindacato superficiale sul fine perseguito (l'an della misura), mentre sottopone ad un sindacato penetrante gli strumenti normativi prescelti per soddisfare quel fine.

17. Cfr. quanto osservato supra, sub I.3.1., in merito alle dottrine della State action limitation e della Drittwirkung.

18. 36/74, Raccolta 1974, p.1405, cpv. 28.

19. 13/76, Raccolta 1976, p.1333.

20. Sentenza Walrave, cit., cpv. 17.

21. Cfr. anche le osservazioni della Commissione nel caso Marsman, 44/72, Raccolta 1972, p.1243, a p.1245, secondo cui l'art.7,4, del reg. 1612/68, nel sancire la nullita' "di diritto" delle clausole contrattuali lesive dell'obbligo della parita' di trattamento nelle condizioni di accesso all'impiego e di lavoro, si riferisce senz'altro anche a clausole di atti negoziali privati.

22. Cfr. l'esempio derivabile dalla fattispecie discussa in De Peijper I, cit.

23. Si consideri, p.e., la richiesta delle Unions inglesi di boicottare i lavoratori iscritti al partito irlandese del Sinna Feil (The Times, 23 maggio 1985, p.1), facilmente interpretabile come espressione di una discriminazione dissimulata in base alla nazionalita' (irlandese); oppure si pensi ad una offensiva pubblicitaria contro prodotti di altri Stati membri ispirata al principio del buy national ed alla

lesione dei valori di giustizia distributiva tutelati attraverso la disciplina della libera circolazione delle merci che in tal modo si determinerebbe.

24. Cit., Raccolta 1976, a p.1344 ss.

25. Conforme, sulla possibilita' di colpire discriminazioni private (in materia di libera circolazione delle merci) attraverso la sanzione dei comportamenti attivi o, piu' probabilmente, omissivi dello Stato membro che consentono a tali discriminazioni di prodursi, BARENTS, "New Developments in Measures Having Equivalent Effect", CMLR, 1981, p.271 ss., a p.275.

26. Sui limiti che, in coerenza con il brocardo nemo ad factum praecise cogi potest, il "rispetto della liberta' della persona" pone al ricorso a provvedimenti coercitivi di esecuzione specifica, soprattutto nel caso di obblighi di fare infungibili, ma anche sulla possibilita' di superare tali limiti coartando la volonta' del debitore "attraverso provvedimenti idonei a realizzare un'efficace pressione psicologica" (come le astreintes francesi, le Zwangsstrafen tedesche, le sanzioni per contempt of court anglosassoni), v. MANDRIOLI, Corso di diritto processuale civile, III, 1982, III ed., p. 13 s., e, piu' in particolare, CHIARINI, Misure coercitive e tutela dei diritti, 1980..

27. In questa ipotesi il privato resterebbe libero nelle sue determinazioni, l'intervento statale mirando soltanto a porre nel nulla gli effetti negativi che la sua attivita' produce rispetto alla garanzia dei valori di giustizia distributiva protetti dall'ordinamento: per rifarci agli esempi piu' su portati, lo Stato membra non vieta una campagna privata di boicottaggio contro i lavoratori di un altro Stato membro, soprattutto quando questa risulta motivata da finalita' politiche e puo' quindi essere intesa come estrinsecazione di diritti o liberta' fondamentali, ma si impegna per proprio conto ad assumere tutti i lavoratori discriminati che ne facciano richiesta; oppure, consente propagande ispirate al buy national, ma al tempo stesso di sua iniziativa pubblicizza i vantaggi del mercato comune e la "razionalita'" dell'acquisto di prodotti stranieri piu' competitivi.

28. Naturalmente la stessa funzione potrebbe essere svolta da tutti gli altri articoli dei trattati che prevedono l'emanazione di norme secondarie di attuazione, qualora Consiglio

e Commissione utilizzassero i poteri normativi così garantiti appunto per sanzionare comportamenti discriminatori privati in contrasto con gli obiettivi perseguiti nei singoli settori di diritto materiale comunitario cui quegli articoli fanno riferimento.

29. Similmente in dottrina, rispetto alla questione se il divieto di discriminazioni di cui all'art.7 valga anche nei confronti di privati, cfr. MEIER, "Der Schutz des Marktbuergers durch das Diskriminierungsverbot des Artikel 7 Abs.1 EWGV", ZHR, 1970, p.61 ss., a p. 91 s., per il quale il principio secondo cui, in caso di ambiguità, le norme giuridiche vanno interpretate nella misura più favorevole alla libertà privata porterebbe a ritenere che salvo esposte disposizioni dei trattati (come gli artt.85-86) i comportamenti discriminatori di privati sarebbero censurabili solo in seguito alla emanazione da parte delle istituzioni ex art.7,2, di norme speciali in tal senso; BUELOW, "Die Rechtsstellung des Einzelnen in der EWG - am Beispiel der Freizuegigkeit", in Zur Stellung der Mitgliedstaaten im Europarecht, 1967, p.80 ss., a p.87, per il quale l'art.7 varrebbe anche nei confronti di privati, ma non fino al punto di comportare obblighi de contrahendo, per i quali sarebbe necessaria una espressa previsione negli ordinamenti interni degli Stati membri; SUNDBERG-WEITMAN, Discrimination on Grounds of Nationality - Free Movement of Workers and Freedom of Establishment under the EEC Treaty, 1977, a p.37 s. e p.163 s., per la quale la sanzione di discriminazioni private ricadrebbe nella "postulates-awaiting-implementation area" coperta dall'art.7,2, mentre rispetto alla libera circolazione dei lavoratori tale funzione di concretizzazione dovrebbe ritenersi svolta dall'art.48 e dal reg. 1612/68 il cui combinato consentirebbe di colpire "any discrimination against workers" in materia di condizioni di lavoro e di impiego "irrespective of the rank of the discriminating subject". Ma già in precedenza, nell'interpretazione dell'art.4,b, del Trattato di Parigi cfr. le diverse posizioni di OLIVIER, "Commento all'art.4", in QUADRI, MONACO, TRABUCCHI, Commentario CECA, 1970, p. 77 ss., a p.97, per il quale tale norma, nell'interdire provvedimenti e pratiche che ostacolano la libera scelta del fornitore da parte dell'acquirente, non sancirebbe anche un obbligo per i primi di contrarre con i secondi, essendo a tal fine necessaria una esplicita statuizione normativa in tal senso, e di REUTER, "Les interventions de la Haute Autorite'", in Actes officiels du Congres international d'etudes sur la CECA, V, 1958, p.7 ss., a p.46 s., secondo il quale invece l'art.4,b, sarebbe di per se' sufficiente ad affermare almeno un obbligo di vendita a carico dei produttori.

30. Soprattutto gli artt. 85-86: v. per tutti FRIGNANI, WAELBROECK, Disciplina della concorrenza nella CEE, 1983, III ed., a p.64 ss. (ove tuttavia si sottolinea come nella materia il requisito del "pregiudizio 'sensibile' alla posizione dei terzi" non costituisca una mera regola di opportunita' volta a consentire il non intervento contro infrazioni insignificanti del diritto comunitario della concorrenza, ma piuttosto un elemento costitutivo delle fattispecie da questo vietate).

31. Tale e' per la Corte, come gia' ricordato, "ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari": cpv. 5 della piu' volte citata sentenza in causa 8/74, Raccolta 1974, p.837.

32. Cosi' in Commissione c. Repubblica Francese, 167/73, Raccolta 1974, p.359, cpv. 44. Ma v. anche, similmente, le osservazioni della Commissione in Adoui e Cournaille, 115 e 116/81, Raccolta 1982, p.1665, a p.1699 ss., ove la necessita' di svolgere un controllo di proporzionalita' per verificare, in ciascun caso concreto, che sussista quella "minaccia effettiva ed abbastanza grave" dell'ordine pubblico dello Stato membro che solo consente il ricorso alla relativa deroga ex art.48,3, viene spiegata e giustificata con la natura fondamentale dell'interesse comunitario oggetto di deroga.

33. Ci riferiamo alla sentenza Fleischkontor, 39/70, Raccolta 1971, p.49, cpv.5, nella quale il contrasto con il diritto comunitario di una misura statale volta ad evitare frodi nei confronti del regime comunitario di prelievi sulle importazioni viene derivato, sia pure ad abundantiam, dal fatto che l'eccessivo margine di discrezionalita' che esso riconosce alle autorita' dello Stato membro chiamate ad applicarla "rischia" di dare origine a disparita' di trattamento discriminatorie fra gli importatori: il vero rationale di questa massima, e quindi la circostanza che essa verosimilmente non verrebbe utilizzata dalla Corte nei confronti delle istituzioni comunitarie, emerge dalle conclusioni dell'Avv. Gen. Dutheillet de Lamothe (ibid., a p.65 s.) allorché questi sottolinea che "anche attribuendo alle dogane tedesche tutta la fiducia che esse meritano . . . e' inevitabile pensare che un giudizio cosi' soggettivo come l'attribuzione di fiducia ad un importatore contiene sempre una larva di discriminazione nonostante il fatto che i funzionari amministrativi che devono decidere s'impongano la massima oggettivita'" in quanto " . . . e' evidente che un'amministrazione doganale, per quanto imparziale, sara' naturalmente portata a riservare la sua fiducia ai propri

cittadini, ben conosciuti, piuttosto che a degli stranieri sconosciuti o quasi".

34. V., p.e., NERI, "Le principe de proportionnalite'" ecc., cit., a p.674 ss., in riferimento all'applicazione del principio di proporzionalita'.

35. Il Neri, p.e., cita le sentenze Cayrol (52/77), Donckerwolcke (41/76), Rivoira (179/78), Denkavit (251/78), e cioe' tutti casi attinenti a discipline statali (provvedimenti di "sorveglianza doganale", controlli sanitari) di ostacolo alla liberta' degli scambi, dunque al tipo di misure piu' probabilmente espressione degli intenti o effetti protezionistici vietati dall'art.30 e nei confronti delle quali, appunto perche' potenzialmente lesive del diritto fondamentale comunitario alla libera circolazione delle merci e del valore altrettanto fondamentale di giustizia distributiva ad esso connesso della efficienza nel mercato comune, si giustifica un controllo particolarmente rigido.

36. 136/77, Raccolta 1978, p.1245, cpv.4 e 8-9: la Corte ritiene sufficiente, in base al tradizionale argomento della discrezionalita' di cui gode l'esecutivo comunitario nella valutazione di "situazioni economiche complesse", la scarsa motivazione di un regolamento della Commissione che manteneva in vigore a favore della sola Germania, abrogandolo invece per l'Italia e la Francia, un sistema di importi monetari compensativi, quando invece la natura di deroga eccezionale al regolare funzionamento del gioco concorrenziale proprio di regimi di tal genere avrebbe dovuto spingere ad un controllo ben piu' approfondito, tanto piu' considerato che la parte privata interveniente aveva accusato (ibid., a p.1249 e p.1254) il Governo della Repubblica Federale di aver esercitato "pressioni" sulla Commissione per scopi protezionistici affinche' adottasse quella misura.

37. Com'e' noto, mentre la dottrina si e' divisa sul carattere vincolante o meno della dir. 70/50 in materia di restrizioni quantitative agli scambi e misure aventi un effetto equivalente (G.U.C.E., L 13, 1970, p.29 ss.; cfr. sul punto: MEIJ, WINTER, "Measures Having an Equivalent Effect to Quantitative Restrictions", CMLR, 1976, p.79 ss., a p.93, SABIANI, "L'incidence du droit de la Communaute' economique europeenne sur la reglementation francaise des prix", RTDE, 1975, p.470 ss., a p.496, WINKEL, "Die Vereinbarkeit Staatlicher Preislenkungmassnahmen mit dem EWG-Vetrag", NJW, 1976, p.2048

ss., a p.2050, MATTHIES, "Herkunftsangaben und europaeisches Gemeinschaftsrecht", in LUEKE, JAVERNIG (Hrsg.), Festschrift fuer Gerhard Schiedermaier zum 70. Geburtstag, 1976, p.391 ss., a p.397, MESTMAECKER, Vereinbarkeit von Preisregelungen auf dem Arzneimittelmarkt mit dem Recht der Europaeischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1980, a p.29), la Corte, pur non prendendo mai formalmente posizione sul punto, ma nei fatti seguendo le richieste in tal senso di vari Avvocati Generali (Avv. Gen. Warner in Commissione c. Germania, 63/74, Raccolta 1975, p.181, a p.208: "Le disposizioni fondamentali restano, in ultima istanza, quelle del Trattato. La funzione della direttiva consiste unicamente nell'attuare, non gia' nell'interpretare, tali disposizioni: sostenere il contrario significherebbe commettere un grossolano errore dal punto di vista giuridico"; ma v. anche l'Avv. Gen. Mayras in Van Haaster, 190/73, Raccolta 1974, p.1123, a p.1141 s., ove si sottolinea come l'indagine sulle intenzioni del legislatore comunitario sia un metodo che la Corte ha sempre condannato, e le posizioni dell'Avv. Gen. Capotorti citate infra, alla nota 43), ne ha spesso ignorato importanti disposizioni, affermando ad esempio, in contrasto con l'art.2,2, della direttiva la natura di misura di effetto equivalente di qualsiasi sistema di licenze, oppure ribaltando rispetto a quanto previsto dall'art.3 l'onere della prova in merito alla legittimita' di misure restrittive "egualmente applicabili".

38. L'Avv. Gen. Trabucchi, nel suo intervento nel caso Dona' (cit. supra, nota 24 e testo relativo), nell'ammettere che obblighi di contrarre per i datori di lavoro potrebbero essere previsti attraverso interventi di ravvicinamento delle legislazioni ex art.100 qualora i limiti alla autonomia negoziale derivabili direttamente dall'art.48 risultassero insufficienti per la eliminazione delle discriminazioni in base alla nazionalità nel mercato del lavoro salariato, aggiunge poi che "una tale valutazione spetta ovviamente alla Commissione e al Consiglio, e non certo alla Corte": cio' significa naturalmente che soltanto alle istituzioni di Bruxelles compete di azionare la procedura di cui all'art.100, ma puo' anche significare che esse sole, in quanto enti politici, possono legittimamente consentire limitazioni cosi' penetranti dell'autonomia negoziale.

39. Secondo quanto osservato poc'anzi, sub VII.1.2.

40. Ad esempio, in seguito all'emanazione ai sensi dell'art.100 di una direttiva di "armonizzazione" volta ad eliminare un particolare fenomeno di "distorsione" del mercato comune, la Corte potrebbe ritenersi autorizzata a sanzionare non

solo l'eventuale inadempimento da parte degli Stati membri degli obblighi così posti, ma anche forme simili di discriminazione "per frazionamento normativo", non disciplinate direttamente dalla direttiva e tuttavia egualmente confliggenti con le finalità da questa perseguite e con i principi da essa desumibili.

41. V. a questo proposito quanto osservato supra, sub V.2.1., alla nota 282 e testo relativo.

42. In questa particolare prospettiva può ad esempio condividersi l'invito del PAGE, "The Concept of Measures having an Effect Equivalent to Quantitative Restrictions", ELR, 1977, p.105 ss., a p.111, a che la dibattuta questione se "misure egualmente applicabili" siano sanzionabili direttamente ai sensi degli artt.30-34 o vadano eliminate attraverso la procedura di cui all'art.100, venga risolta dalla Corte adottando una "dynamic conception" di misura d'effetto equivalente a restrizioni quantitative sugli scambi.

43. Un chiaro esempio in tal senso è rinvenibile nelle conclusioni dell'Avv. Gen. Capotorti in Cassis de Dijon, 120/78, Raccolta 1979, p.649, a p.669 s., allorché, riferendosi al trattamento riservato alle "misure egualmente applicabili" dalla dir. 70/50, sottolinea come tale testo normativo, richiamandosi all'art.33,7, del Trattato, si collochi nella fase della graduale soppressione dei contingentamenti, coincidente con il periodo transitorio, e perciò esprima nella valutazione di tali misure un atteggiamento appunto di "cautela" che, terminato tale periodo, non deve essere necessariamente seguito dalla Corte.

44. Cfr., p.e., quanto osservato a proposito delle sentenze Dassonville e Fleischkontor, supra alle note 31 e 33 e testo relativo.

45. V. in tal senso la sentenza Commissione c. Repubblica Francese, richiamata supra alla nota 32 e testo relativo. Ma v. anche quella giurisprudenza nella quale la Corte esclude l'applicabilità alla materia della libera circolazione delle merci della "eccezione de minimis" (International Fruit, 51-54/71, Raccolta 1971, p.1107, cpv. 9, Van Tiggele, 82/77, Raccolta 1978, p.25, al cpv.19, Fietje, 27/80, Raccolta 1980, p.3839, cpv.14) a causa dell' "effetto dissuasivo" cui interventi statali di regolazione degli scambi danno comunque origine (cfr. BARENTS, "New Developments" ecc., cit., a p.287).

46. Si ricordi, ad esempio, l'attento controllo di proporzionalita' che la Corte svolge nei confronti di provvedimenti statali, restrittivi della circolazione dei beni o delle persone nel mercato comune, caratterizzati dal ricorso al criterio classificatorio sospetto della nazionalita', e, piu' in generale, la giurisprudenza richiamata supra, sub V.3.2. e VI.1.1.

47. Sulla utilizzabilita' in materia di categorie giuspenalistiche, ed in genere sul rilievo dell'intento nel giudizio di eguaglianza. v. supra, sub I.2.1.1.

48. V. in tal senso la giurisprudenza di cui alla nota 10 e testo relativo. Cio' consente di cogliere un equivoco terminologico ricorrente in materia e di cui va fatta giustizia: va infatti chiarito che la Corte, allorché afferma, come p.e. nella sentenza Merkur (cit., ai cpv.22-25), di "limitare" la propria valutazione all'accertamento della "non-arbitrarieta'" della classificazione intende appunto riferirsi alla (scarsa) profondita' del proprio giudizio e non al contenuto di questo (alla nozione materiale di eguaglianza impiegata), giacche' un controllo in punto di (mera) razionalita' puo' anche essere, come si e' visto, particolarmente penetrante e quindi fortemente restrittivo della autonomia e discrezionalita' dell'ente normatore.

49. V. supra, sub VI.2.

50. V. supra, note 15 e 16 e testo relativo.

51. 154, 205, 206, 226-228, 263 e 264/78, 39, 31, 83 e 85/79, Raccolta 1980, p.907, a p.1039 ss.

52. Cfr. il cpv. 11 ove, richiamandosi la sentenza Regno dei Paesi Bassi c. Alta Autorita', 6/54, Raccolta 1954-1955, p.201, si sottolinea come l'art.33 subordini la ricevibilita' dei ricorsi alla prova non della violazione patente del trattato o dello sviamento di potere, ma soltanto dell'esistenza di "indizi pertinenti" in tal senso.

53. NERI, "Le principe de proportionnalite'" ecc., cit., a p.673 s., in riferimento al controllo di proporzionalita' degli

atti delle istituzioni comunitarie (ma l'analisi ci sembra generalizzabile), che spiega l'atteggiamento della Corte appunto col fatto che nella prima ipotesi essa "(n)e risque pas de remettre en cause l'appréciation discretionnaire des autorités communautaires, mais doit uniquement interpréter la volonté du législateur supposee conforme au droit communautaire".







