

IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Direttore ANTONIO TIZZANO



G. Giappichelli Editore

Rivista trimestrale - III - 2015

www.dirittounioneeuropea.it

3/2015

IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

dUE

Direttore ANTONIO TIZZANO

3/2015



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2015 - Il Diritto dell'Unione Europea
Registrazione presso il Tribunale di Firenze al n. 3773 del 28.11.1988
R.O.C. n. 6569 (già RNS n. 23 vol. 1 foglio 177 del 2/7/1982)

Direttore responsabile: Antonio Tizzano

Direzione e Redazione
Viale Mazzini, 88 - 00195 Roma
email: sufor@tin.it
www.dirittounioneeuropea.it

© Copyright 2015 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISSN 1125-8551

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

SOMMARIO

Dottrina

- K. LENAERTS, The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice 525

Commenti

- M. BARTOLI, La progressiva articolazione del quadro normativo europeo sugli aiuti di Stato a favore di Ricerca, Sviluppo e Innovazione (RSI) 553
(The phased reorganization of the European legal framework on State aid for Research, Development and Innovation)
- F. FERRARO, The Consequences of the Breach of the Duty to make Reference to ECJ for a Preliminary Ruling 589

Giurisprudenza

- E. CANNIZZARO, Unitarietà e frammentazione delle competenze nei rapporti fra l'ordinamento dell'Unione e il sistema della Convenzione europea: in margine al parere della Corte di giustizia 2/2013 623
(Unity and fragmentation of competences in the relationships between the Union legal order and the system of the European Convention: some remarks on the Court of Justice Opinion 2/2013)
- L. CALZOLARI, Pari opportunità tra operatori economici e tutela della struttura del mercato: la creazione di mercati concorrenziali come vincolo all'intervento pubblico nella regolazione imposto dagli artt. 106, comma 1 e 102 TFUE 637
(Equal opportunities among economic operators and the safeguard of market structure: the creation of competitive markets as a constraint to public intervention in regulation provided by articles 106(1) and 102 TFEU)
- A. RASI, Sui rimedi per violazione del principio di non discriminazione: in margine alla sentenza della Corte di giustizia nel caso *Gérard Buono* 667
(On remedies for violation of the principle of non-discrimination: some remarks on the Court of Justice's judgment in the *Gérard Buono* Case)
- D. RUSSO, Nuove tendenze nell'affidamento dei servizi di trasporto sanitario ad organizzazioni del terzo settore: nota a sentenza della Corte di giustizia 11 dicembre 2014, C-113/13 681
(New tendencies in the entrustment of ambulance services to so-called "third sector" organizations: notes on the Court of Justice's judgment of 11 December 2014, C-113/13)

Convegni

P. MENGOZZI, A European Partnership of Courts. Judicial Dialogue between the EU Court of Justice and National Constitutional Courts	701
---	-----

Notizie sugli autori	721
-----------------------------	-----

Sui rimedi per violazione del principio di non discriminazione: in margine alla sentenza della Corte di giustizia nel caso *Gérard Buono*

Aurora Rasi

SOMMARIO

I. Introduzione. – II. La vicenda alla base della controversia. – III. Violazione del principio di non discriminazione e invalidità parziale nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – IV. I presupposti dell'invalidità parziale. – V. Considerazioni conclusive.

I. Il problema di determinare la portata dell'invalidità di una normativa per violazione del principio di non discriminazione è uno dei problemi storici dei sistemi di *judicial review*.

Dato che il principio di eguaglianza ingenera, per natura, un giudizio relazionale fra due regimi normativi e fra le situazioni fattuali che essi governano, la conseguenza più logica della sua violazione dovrebbe esser data dalla cancellazione dall'ordinamento giuridico dell'intero sistema normativo discriminatorio. Solo allorché il giudice riesca, evidentemente per ricorso ad altre operazioni interpretative, ad individuare, fra due regimi differenziati, la norma o il frammento normativo più idoneo a disciplinare la propria fattispecie, si potrebbe ritenere che egli sia legittimato ad invalidare solo l'altra norma, o l'altro frammento normativo, che stabilisce, per una situazione analoga, un regime giuridico "deviante". Il medesimo schema logico dovrebbe corrispondentemente valere qualora un sistema normativo complesso tenda non già a produrre discriminazioni, quanto piuttosto a stabilire artificialmente un regime uniforme per situazioni che siano, tra loro, differenziate.

Il problema si è recentemente riproposto nella giurisprudenza europea. Chiamate a definire più giudizi vertenti sulla interpretazione della medesima normativa, la quale era stata già ritenuta incompatibile con il principio di non

discriminazione da parte della Corte di giustizia¹, il Tribunale e la Corte di giustizia stessa hanno adottato soluzioni tra loro differenti. Il Tribunale ha ritenuto, verosimilmente in ragione della difficoltà di individuare la soluzione normativa più appropriata nell'ambito di un atto dell'Unione che stabiliva un trattamento differenziato per situazioni identiche, che l'intero atto fosse travolto dalla dichiarazione di invalidità per violazione del principio di non discriminazione². La Corte di giustizia, invece, con una pronuncia resa dalla grande sezione il 14 ottobre del 2014, ha ritenuto che il precedente accertamento di invalidità non concernesse l'intero atto ma che, al contrario, esso fosse limitato alla sola norma "deviante"³.

La complessità della questione deriva dalla circostanza che le tre pronunce concernevano giudizi tra loro distinti, in ciascuno dei quali, peraltro, appariva rilevante determinare le conseguenze di una dichiarazione di invalidità per violazione del principio di eguaglianza. Nonostante la sua complessità, in fatto non meno che in diritto, la vicenda in questione appare quindi di notevole interesse in quanto essa concerne, altresì, il problema di determinare i casi in cui una dichiarazione di invalidità di una normativa valga automaticamente a ripristinare l'eguaglianza violata, ovvero sia necessario un ulteriore intervento del legislatore.

II. L'oggetto di attenzione delle varie pronunce è dato dal regolamento della Commissione del 12 giugno 2008, n. 530 (d'ora in avanti, "il regolamento n. 530")⁴. Esso ha stabilito la cessazione della campagna di pesca del 2008 per ragioni di carattere ambientale, connesse alla tutela dello stock di risorse della pesca. Peraltro, il regolamento stabiliva *dies a quo* per la cessazione dell'attività di pesca in maniera differenziata sulla base della nazionalità dei battelli. L'art. 1 del regolamento stabiliva che, per le tonniere battenti la bandiera della Grecia, della Francia, dell'Italia, di Cipro e di Malta, il divieto sarebbe entrato in vigore il 16 giugno 2008; l'art. 2 prevedeva, invece, che tale divieto

¹ Corte giust. 17 marzo 2011, C-221/09, *AJD Tuna Ltd*, I-1655, in prosieguo "*AJD Tuna*".

² Trib. 14 febbraio 2012, T-305/08, *Italia c. Commissione*, ECLI:EU:T:2012:70, in prosieguo «ordinanza *Italia c. Commissione*».

³ Corte giust. 14 ottobre 2014 (GS), C-12/13 P e C-13/13 P, *Gérard Buono e a. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2014:2284, in prosieguo "*Gérard Buono*".

⁴ Regolamento (CE) n. 530/2008 della Commissione, del 12 giugno 2008, che istituisce misure di emergenza per quanto riguarda le tonniere con reti a circuizione dedite alla pesca del tonno rosso nell'Oceano Atlantico, ad est di 45° di longitudine 0, e nel Mar Mediterraneo.

entrasse in vigore a partire dal 23 giugno 2008 per le tonniere battenti bandiera spagnola.

Proprio in ragione di tale trattamento differenziato, la Corte di giustizia, con sentenza del 17 marzo 2011, pronunciandosi nell'ambito di un rinvio pregiudiziale sollevato da un giudice maltese, aveva accertato l'illegittimità del regolamento⁵. Si legge nel dispositivo che «(i)l regolamento n. 530/2008 è invalido nei limiti in cui (...) i divieti da esso sanciti prendono effetto a partire dal 23 giugno 2008 per quanto riguarda le tonniere con reti a circuizione battenti bandiera spagnola, o registrate in tale Stato membro, e gli operatori comunitari che hanno concluso contratti con esse, mentre tali divieti prendono effetto a partire dal 16 giugno 2008 per le tonniere con reti a circuizione battenti bandiera maltese, greca, francese, italiana, nonché cipriota, oppure registrate in questi Stati membri, e per gli operatori comunitari che hanno concluso contratti con esse, senza che questa differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata»⁶.

Pochi mesi dopo tale pronuncia, nell'ambito di un ricorso per invalidità in relazione all'art. 1, regolamento n. 530, il Tribunale dichiarava, con ordinanza, il non luogo a provvedere, considerando che l'invalidità della norma era già stata dichiarata dalla Corte di giustizia nel caso *AJD Tuna*⁷. Su richiesta della Commissione, il Tribunale, inoltre, si pronunciava espressamente sulla portata della dichiarazione di invalidità emessa dalla Corte nel 2011. La Commissione, difatti, riteneva che la sentenza *AJD Tuna* avesse dichiarato la invalidità parziale del regolamento n. 530, soltanto con riguardo all'art. 2 di questo, ossia «al rinvio al 23 giugno 2008 dell'entrata in vigore dei provvedimenti di divieto (...) senza che siano stati dichiarati invalidi i divieti aventi effetto il 16 giugno 2008»⁸. Il Tribunale, però, rigettava tale impostazione, affermando come «non emerge affatto dalla citata sentenza *AJD Tuna*, che sarebbero invalidi unicamente i divieti che hanno preso effetto il 23 agosto [*rectius*, "giugno"] 2008, previsti dall'articolo 2 del regolamento impugnato, e che quelli con effetto a partire dal 16 agosto [*rectius*, "giugno"] 2008, previsti dall'articolo 1 del citato regolamento, resterebbero validi a seguito della sentenza della Corte». Secondo il Tribunale, all'opposto, «la sola conclusione che può essere tratta dall'iter logico seguito nella citata sentenza consiste nel fatto che (...) il regolamento impugnato è integralmente invalido in quanto viola il principio di non discriminazione»⁹.

⁵ Sentenza *AJD Tuna*.

⁶ Sentenza *AJD Tuna*, dispositivo n. 3.

⁷ Ordinanza *Italia c. Commissione*.

⁸ Ordinanza *Italia c. Commissione*, par. 17.

⁹ Ordinanza *Italia c. Commissione*, par. 18. Si legge, inoltre, ai parr. 18 e 19 dell'ordinanza,

Due anni più tardi, anche la Corte di giustizia aveva modo di occuparsi della portata della dichiarazione di invalidità emessa nel caso *AJD Tuna*. Conviene ricostruire sommariamente i fatti che hanno dato luogo alla pronuncia in commento. Nel dicembre del 2008, alcuni armatori ed azionisti di navi che pescavano tonno rosso con reti a circuizione battenti bandiera francese ed operanti nelle acque del Mar Mediterraneo, nonché il sindacato di categoria cui questi aderivano, promuovevano un ricorso per risarcimento di fronte al Tribunale per i danni sofferti a seguito della adozione, da parte della Commissione, del regolamento n. 530. Nel novembre del 2012 il ricorso veniva, però, respinto dal Tribunale¹⁰. I ricorrenti presentavano quindi appello innanzi alla Corte di giustizia. Sull'appello la Corte si pronunciava con la sentenza in commento, nella quale le determinazioni raggiunte nel caso *AJD Tuna* venivano interpretate diversamente rispetto a quanto fatto dal Tribunale nel caso *Italia c. Commissione*. Nella pronuncia *Gérard Buono* la Corte ha infatti indicato che, nella sentenza *AJD Tuna*, «il regolamento n. 530/2008 è stato dichiarato invalido solo nei limiti in cui ha riservato un trattamento più favorevole alle tonniere con reti a circuizione battenti bandiera spagnola» e che quindi «il di-

che la sentenza di invalidità «si è limitata a dichiarare che, vietando la pesca del tonno rosso a decorrere da due date ingiustificatamente diverse, la Commissione ha violato il principio di non discriminazione. Tuttavia, nessun elemento della citata sentenza *AJD Tuna* consente di affermare che la Corte abbia dichiarato valido il divieto di pesca del tonno rosso che prende effetto ad una data piuttosto che ad un'altra. La sola conclusione che può essere tratta dall'iter logico seguito nella citata sentenza consiste nel fatto che, poiché la Commissione non ha scelto né il 16 giugno 2008, né il 23 giugno 2008, né un'altra data comune, come data di presa di effetto del divieto concreto della pesca del tonno rosso per tutte le tonniere con reti a circuizione, il regolamento impugnato è integralmente invalido in quanto viola il principio di non discriminazione. Tale interpretazione è peraltro pienamente suffragata dai paragrafi 131-133 delle conclusioni dell'avvocato generale Trstenjak, presentate nella citata causa *AJD Tuna*, nelle quali è indicato, in particolare, che “[s]econdo una costante giurisprudenza, l’annullamento parziale di un atto comunitario è possibile solo se gli elementi di cui è chiesto l’annullamento siano separabili dal resto dell’atto”, che “la violazione del principio del divieto di discriminazione (...) conduce [nel caso di specie] all’invalidità degli artt. 1 e 2 del regolamento [impugnato] dai quali consegue che le tonniere spagnole con reti a circuizione sono trattate più favorevolmente delle altre tonniere cui si riferisce tale regolamento”, e che l’articolo 3 del medesimo regolamento dovrebbe essere dichiarato invalido quale conseguenza della declaratoria di invalidità degli articoli 1 e 2. Si deve aggiungere, del resto, che, se la Corte avesse considerato che il regolamento impugnato dovesse essere dichiarato invalido solo per quanto riguarda il rinvio al 23 giugno 2008 dell’entrata in vigore dei provvedimenti di divieto della pesca del tonno rosso, è indubbio che la Corte avrebbe dichiarato l’invalidità solo dell’articolo 2 del citato regolamento a seguito della violazione del principio di non discriminazione».

¹⁰ Trib. 7 novembre 2012, T-574/08, *Syndicat des thoniers méditerranéens e a. c. Commissione*, ECLI:EU:T:2012:583.

vieto di pesca sancito per le tonniere con reti a circuizione battenti bandiera greca, francese, italiana, cipriota nonché maltese è rimasto valido»¹¹. Di conseguenza, il divieto di cui all'art. 1 avrebbe legittimamente disposto il fermo della pesca per i battelli battenti bandiera francese, quale quella dei ricorrenti, ai quali non sarebbe spettato, quindi, alcun risarcimento.

Quanto al tema che qui rileva, ovvero sia le conseguenze normative derivanti dalla lesione del principio di non discriminazione, conviene evidenziare come le due pronunce, del Tribunale e della Corte, abbiano individuato soluzioni marcatamente diverse. Nella ordinanza emessa nel caso *Italia c. Commissione*, il Tribunale ha ritenuto che la sentenza *AJD Tuna* avesse dichiarato la nullità dell'intero regolamento n. 530¹². La Corte nella sentenza *Gérard Buono* ha ritenuto che l'eguaglianza fosse stata ripristinata non espungendo l'intero regolamento n. 530, bensì una sola delle sue disposizioni, rappresentata dall'art. 2¹³.

III. La soluzione adottata nella sentenza *Gérard Buono*, non è invero senza precedenti. Essa, anzi, sembrerebbe fondarsi su di una giurisprudenza sufficientemente consolidata della Corte di giustizia. Sovente, infatti, la Corte di giustizia ha ritenuto di poter identificare, in un sistema normativo complesso, la norma che direttamente genera la discriminazione, la cui eliminazione sia capace di produrre, quindi, una situazione conforme al principio di eguaglianza. Conviene seguire, ancorché sulla base di esempi tratti da una prassi molto ampia, il ragionamento seguito in tali casi. In tale ricca giurisprudenza si possono invero individuare taluni elementi comuni.

Un primo elemento ricorrente è la coesistenza di due discipline normative interessanti situazioni analoghe, l'una discriminatoria rispetto all'altra. Da un punto di vista terminologico, è possibile osservare come, spesso, una delle due sia qualificata come la disciplina "di svantaggio", ovvero "sfavorevole", evidentemente paragonandola all'altra normativa ritenuta, invece, "di vantaggio"¹⁴. Questi caratteri, nella prassi recente, possono essere riscontrati a titolo esemplificativo nel caso *Małgorzata Nierodzik*, concernente profili di diritto del lavo-

¹¹ Sentenza *Gérard Buono*, par. 60.

¹² Ordinanza *Italia c. Commissione*, parr. 17-19.

¹³ Sentenza *Gérard Buono*, parr. 58-60.

¹⁴ Si vedano, a titolo esemplificativo: Corte giust. 24 novembre 1998, C-274/96, *Bickel e Franz*, I-7637, in particolare par. 24; 27 novembre 2012 (GS), C-566/10 P, *Italia c. Commissione*, ECLI:EU:C:2012:752, in particolare parr. 74-75; 27 marzo 2014, C-322/13, *Grauel Rüf-fer*, ECLI:EU:C:2014:189, in particolare par. 21; 11 novembre 2014 (GS), C-530/13, *Schmitzer*, ECLI:EU:C:2014:2359, in particolare par. 34.

ro¹⁵. La Corte di giustizia constatava come, nel diritto nazionale polacco, vigessero due differenti discipline normative aventi ad oggetto il termine di preavviso da garantire al lavoratore in caso di licenziamento, l'una rivolta ai lavoratori assunti a tempo determinato, l'altra destinata alla generalità dei lavoratori assunti a tempo indeterminato. La prima prevedeva un termine di preavviso prestabilito di due settimane, la seconda invece prevedeva che il termine di preavviso venisse computato in base alla anzianità di servizio maturata dal lavoratore¹⁶. La Corte individuava quindi, tra le due, una disciplina meno vantaggiosa, la quale poneva in "una situazione sfavorevole" i lavoratori a tempo determinato¹⁷.

Un secondo elemento, frequentemente rilevabile, pare potersi ravvisare nella tendenza della Corte ad identificare l'origine della discriminazione non nell'intero sistema normativo, bensì nella sola norma, ovvero nel solo frammento normativo, che disciplini le situazioni già indicate come "di svantaggio". Nel caso *Mario Vital Pérez*, ad esempio, la Corte ha stabilito come la legislazione spagnola limitasse in maniera discriminatoria l'accesso alle prove per entrare nel corpo di polizia locale in relazione all'età anagrafica¹⁸. Nella pronuncia, la Corte di giustizia constatava come la previsione del limite anagrafico «comporta che alcune persone, soltanto per il fatto di aver superato i 30 anni, siano trattate meno favorevolmente di altre che versano in situazioni analoghe»¹⁹. Nel dispositivo la Corte identificava la norma illegittima, sancendo la contrarietà al diritto dell'Unione di «una normativa nazionale (...) che fissa a 30 anni l'età massima per l'assunzione degli agenti della polizia locale»²⁰. La discriminazione quindi deriverebbe solo dal limite anagrafico previsto dalla norma. Caducato il frammento normativo discriminatorio, ossia il frammento che tratta alcune persone "meno favorevolmente di altre"²¹, si sarebbe ricosti-

¹⁵ Corte giust. 13 marzo 2014, C-38/13, *Nierodzik*, ECLI:EU:C:2014:152.

¹⁶ Sentenza *Nierodzik*, par. 34: «la durata del periodo di preavviso precedente alla risoluzione del contratto di lavoro della ricorrente nel procedimento principale, fissata senza tener conto dell'anzianità di quest'ultima, è stata di due settimane, mentre, se la sig.ra Nierodzik fosse stata assunta in forza di un contratto di lavoro a tempo indeterminato, tale durata, calcolata in funzione dell'anzianità del lavoratore, sarebbe stata di un mese, cioè il doppio della durata del periodo di preavviso di cui ha fruito la ricorrente. L'unico elemento che potrebbe distinguere la situazione della sig.ra Nierodzik da quella di un lavoratore a tempo indeterminato sembra essere la natura temporanea del rapporto di lavoro che la legava al suo datore di lavoro».

¹⁷ Sentenza *Nierodzik*, par. 38.

¹⁸ Corte giust. 13 novembre 2014, C-416/13, *Vital Pérez*, ECLI:EU:C:2014:2371.

¹⁹ Sentenza *Vital Pérez*, par. 33.

²⁰ Sentenza *Vital Pérez*, dispositivo.

²¹ Sentenza *Vital Pérez*, par. 33.

tuita l'eguaglianza²². Una circostanza concettualmente analoga, sebbene di segno opposto, è riscontrabile in quei casi nei quali la Corte ha individuato l'origine della discriminazione nella mancata previsione di una certa categoria di situazioni fra quelle che, ragionevolmente, avrebbero dovuto beneficiare di un certo trattamento. L'omissione è tale da porre alcuni soggetti, ingiustamente, in condizioni di svantaggio ed è, essa sola, fonte di discriminazione. Il miglior esempio di tale evenienza è dato dal noto caso *Albert Ruckdeschel*²³. Esso aveva ad oggetto la legittimità dell'art. 11 del regolamento del Consiglio n. 120/1967, nella versione emendata nel 1974. La norma originaria prevedeva un sistema uniforme di agevolazioni economiche, mediante restituzioni, per i produttori di amido e di *quellmehl*, mentre la norma introdotta con la riforma del 1974 riproponeva inalterato il piano di restituzioni per i primi, pur non menzionando affatto i secondi. Appurato che le due categorie di produttori «vanno considerati alla stessa stregua»²⁴, la Corte ne derivava che «la soppressione della restituzione per il *quellmehl*, decretata dal regolamento n. 1125/74, unitamente alla conservazione della restituzione per l'amido di granturco, equivale ad un disconoscimento del principio di uguaglianza»²⁵. La Corte riusciva, peraltro, ad isolare la parte della norma produttiva della discriminazione, allorché affermava «l'illegittimità della norma deriva (...) da un'omissione anziché da una delle sue disposizioni»²⁶.

Un terzo elemento, generalmente rilevabile, pare consistere nel rimedio individuato dalla Corte a fronte di una discriminazione. Difatti la Corte di giustizia, sovente, constatata l'esistenza di una discriminazione, ha provveduto ad eliminarla mediante l'ampliamento della sfera giuridica soggettiva della norma più favorevole, includendovi coloro i quali, in ragione della norma illegittima, si trovavano in una situazione «di svantaggio». Ciò, come si è poc'anzi osservato, avveniva nel caso *Mario Vital Pérez*, nel quale la Corte, criticando aspramente il limite di età imposto agli ultra-trentenni, mirava alla ri-espansione della sfera giuridica soggettiva di coloro i quali, in base alla legislazione

²² Si vedano, nella giurisprudenza recente, anche i seguenti casi simili per il profilo qui in analisi: sentenze *Nierodzik* e *Schmitzer*.

²³ Corte giust. 19 ottobre 1977, 117/76 e 16/77, *Ruckdeschel e a.*, I-1753.

²⁴ Sentenza *Ruckdeschel e a.*, par. 8.

²⁵ Sentenza *Ruckdeschel e a.*, par. 10.

²⁶ Sentenza *Ruckdeschel e a.*, parr. 11-12. Peraltro, la Corte conferma la illegittimità della sola omissione realizzata dalla riforma nel dispositivo, affermando che «l'art. 11 del regolamento del Consiglio 13 giugno 1967, n. 120, nella versione vigente dal 1° agosto 1974 per effetto della modifica apportata dall'art. 5 del regolamento del Consiglio 29 aprile 1974, n. 1125 (...), è incompatibile con il principio di uguaglianza».

illegittima, vedevano leso il loro diritto a partecipare, in condizioni di parità, alle funzioni pubbliche²⁷. Similmente, ciò accadeva nel caso *Leopold Schmitzer*, anch'esso originato da un rinvio pregiudiziale, in cui la Corte censurava un frammento della normativa austriaca, il quale disciplinava l'avanzamento di carriera dei dipendenti pubblici²⁸. Vi era, infatti, una norma che prevedeva l'avanzamento, dal primo al secondo livello di anzianità, trascorsi due anni dall'entrata in servizio. Ciò nonostante, in base ad una norma di dettaglio, i lavoratori assunti prima del compimento del 18° anno di età, che avessero voluto vedere computato tale periodo iniziale nella anzianità di servizio, avrebbero compiuto il passaggio dal primo al secondo livello di anzianità solo dopo aver completato cinque anni di servizio. Questo seconda normativa, ritenuta "deviante", veniva riprovata dalla Corte in quanto poneva i lavoratori assunti prima dei 18 anni di età nella condizione di "vittime d(ella) discriminazione"²⁹. Anche qui, alla caducazione del frammento censurato seguirebbe l'ampliamento della sfera soggettiva dei soggetti discriminati, i quali potrebbero, al pari di tutti gli altri dipendenti pubblici, avanzare al secondo livello professionale dopo soli due anni di servizio.

IV. Tutti questi elementi, a ben vedere, presentano un fondamento comune. Tutti, invariabilmente, si fondano sulla possibilità di identificare, nella normativa discriminatoria, una regola come regola di carattere generale, rispetto alla quale l'altra assuma il carattere di eccezione. Nel caso già menzionato *Leopold Schmitzer*, ad esempio, vi era la regola generale dell'avanzamento nei livelli professionali ogni biennio, e del pari sussisteva la previsione dell'avanzamento, solo per taluni, trascorso un quinquennio, la quale si poneva in rapporto di eccezione rispetto alla norma generale³⁰. Similmente, nel caso *Malgorzata Nierodzik*, veniva rilevata la regola generale che prevedeva il computo del preavviso in caso di licenziamento sulla base della anzianità di servizio del lavoratore ed, al contempo, una norma eccezionale la quale stabiliva, solo per taluni lavoratori, un termine di preavviso predeterminato³¹.

Sulla base di questa analisi, pur sommaria, non appare irragionevole avanzare una ipotesi ricostruttiva: laddove sia possibile ricostruire le due norme contenenti una disciplina differenziata in un rapporto del tipo "norma generale – ec-

²⁷ Sentenza *Vital Pérez*.

²⁸ Sentenza *Schmitzer*.

²⁹ Sentenza *Schmitzer*, dispositivo n. 1.

³⁰ Sentenza *Schmitzer*, parr. 31-35.

³¹ Sentenza *Nierodzik*, parr. 17-18 e 34.

cezione”, il giudizio di non discriminazione dovrebbe avere come esito naturale l’espunzione dall’ordinamento della norma eccezionale, la quale, cioè, determini un trattamento ingiustificatamente derogatorio rispetto alla norma generale. La legittimità del regime eccezionale andrebbe, quindi, valutata attraverso il diaframma costituito dal principio di eguaglianza. Qualora la disciplina eccezionale non risultasse compatibile con il principio di eguaglianza, essa dovrebbe venire abrogata. Per tal via, tutte le situazioni fattuali governate dalla disciplina eccezionale, verrebbero, *ipso facto*, a trovarsi sottoposte alla regola generale.

L’attuazione di tale processo presuppone, logicamente ancor prima che giuridicamente, il ricorrere di due condizioni: che i diversi elementi che compongono l’atto normativo siano separabili tra loro; che la caducazione di taluni elementi normativi non alteri la sostanza dell’atto normativo generale. A ben vedere, tali requisiti sono i medesimi che debbono aversi affinché sia possibile l’annullamento parziale di un atto normativo³². Invero l’Avvocato generale Trstenjak, nelle sue Conclusioni nel caso *AJD Tuna*, al fine di individuare quale fosse il rimedio più adeguato per il ripristino della eguaglianza violata dal regolamento n. 530, riteneva necessario verificare che, nel caso concreto, la normativa fosse composta da elementi tra di loro scindibili, e che l’annullamento di taluni di essi non avrebbe alterato l’essenza del regolamento controverso³³.

V. L’applicazione di tale modello al caso del regolamento n. 530 solleva però una serie di problemi applicativi, derivanti, essenzialmente, dalla particolare struttura del rapporto normativo che intercorre fra le due disposizioni che lo compongono.

La sentenza *Gérard Buono* tende, invero, a ricostruire il divieto di cui all’art. 2, regolamento n. 530 come una norma eccezionale rispetto al trattamento uniforme disposto dall’art. 1. È possibile leggere, nella sentenza in commento, che la pronuncia resa nel caso *AJD Tuna* ha dichiarato invalido tale regolamento solo nei limiti in cui «le tonniere con reti a circuizione battenti bandiera spagnola hanno beneficiato di una settimana di pesca in più, pur mantenendo la validità della data di entrata in vigore del divieto fissata per le altre tonniere, ossia il 16 giugno 2008»³⁴.

³² Si vedano, a titolo esemplificativo: Corte giust. 10 dicembre 2002, C-29/99, *Commissione c. Consiglio*, I-11221, in particolare parr. 45-46; 21 gennaio 2003, C-378/00, *Commissione c. Parlamento e Consiglio*, I-937, in particolare par. 29; 30 settembre 2003, C-239/01, *Germania c. Commissione*, I-10333, in particolare par. 33.

³³ Conclusioni dell’Avvocato generale Trstenjak, presentate il 7 settembre 2010, nella causa C-221/09, *AJD Tuna Ltd*, in prosieguito “Conclusioni del 7 settembre 2010”, parr. 130-131.

³⁴ Sentenza *Gérard Buono*, par. 59.

A ben guardare, questa soluzione non pare del tutto convincente. Il regolamento n. 530 è, infatti, composto sostanzialmente da due norme. Come già osservato, l'art. 1 stabilisce che la pesca al tonno rosso, in determinate aree e realizzata con determinate modalità, è proibita alle tonniere battenti la bandiera della Grecia, della Francia, dell'Italia, di Cipro e di Malta, o immatricolate in tali Paesi, a decorrere dal 16 giugno 2008. L'art. 2 sancisce, invece, che la pesca del tonno rosso, nelle medesime aree e con le medesime modalità di cui all'art. 1, è vietata alle tonniere battenti la bandiera della Spagna, o immatricolate in tale Paese, a decorrere dal 23 giugno 2008.

Il regolamento n. 530 contiene, quindi, due divieti, dal contenuto analogo, eppure indirizzati a destinatari diversi ed aventi *dies a quo* differenti. Pare dunque difficile ricostruire le due norme secondo il rapporto "norma generale-eccezione", presupposto essenziale della giurisprudenza osservata in precedenza. Vero è che, da un punto di vista quantitativo, il numero dei pescatori che hanno diritto al trattamento previsto dall'art. 2 del regolamento dovrebbe essere notevolmente inferiore rispetto a quello dei pescatori ai quali si indirizza l'art. 1. Per questo aspetto, quindi, si potrebbe essere tentati di qualificare l'art. 2 del regolamento come una disposizione eccezionale rispetto al trattamento, quantitativamente generale, disposto dall'art. 1.

Giuridicamente, tuttavia, è difficile ricostruire le due norme secondo il rapporto "norma generale-eccezione". L'art. 1 non definisce, infatti, un trattamento applicabile ad una generalità di destinatari, dai quali distinguere quelli che, in virtù dell'art. 2, sarebbero oggetto di un trattamento diverso. L'art. 1 del regolamento, piuttosto, determina nominativamente la nazionalità dei pescatori ai quali è riservato il trattamento meno favorevole, avvalendosi quindi dell'identica tecnica normativa utilizzata poi dall'art. 2 al fine di identificare i pescatori spagnoli come destinatari del trattamento più favorevole. Lungi dal porsi in un rapporto regola-eccezione, le due disposizioni sembrano piuttosto, fra loro, in rapporto di reciproca generalità. In presenza di tali condizioni, è certamente meno agevole identificare una delle due norme come quella all'origine del trattamento discriminatorio rispetto all'altra e, quindi, procedere ad espungerla dall'ordinamento³⁵.

Al fine di estendere ai pescatori spagnoli il trattamento previsto dall'art. 1 del regolamento, dunque, la declaratoria di invalidità dell'art. 2 non risulta sufficiente. Occorre invece una sorta di sentenza "additiva", la quale cioè elabori la norma applicabile alla situazione giuridica dei pescatori spagnoli. A tale carattere, la sentenza sembra alludere, invero in maniera indiretta, laddove

³⁵ In tal senso, Conclusioni dell'Avvocato generale del 7 settembre 2010, par. 132: «gli artt. 1 e 2 del regolamento insieme considerati violano il principio del divieto di discriminazione».

la Corte ha indicato che l'invalidità dell'art. 2 sussiste "nei limiti in cui le tonniere con reti a circuizione battenti bandiera spagnola hanno beneficiato di una settimana di pesca in più"³⁶.

Una seconda difficoltà deriva dal contenuto delle due norme che, nel loro insieme, producono la situazione discriminatoria. Come si è avuto modo di osservare, la dichiarazione di invalidità parziale appare perfettamente idonea a ripristinare l'eguaglianza violata allorché essa abbia ad oggetto la norma che stabilisce il trattamento deteriore, per modo che l'annullamento produca l'effetto di ampliare la portata soggettiva della norma più favorevole, nell'ambito della quale ricadrebbero, così, i soggetti cui la normativa illegittima riservava un trattamento meno favorevole.

Qualora il regolamento n. 530 avesse stabilito un regime uniforme per i pescatori dell'Unione, stabilendo poi un regime speciale, e meno favorevole, per i pescatori spagnoli, la dichiarazione di invalidità parziale, localizzata nella norma eccezionale e meno favorevole, avrebbe indubbiamente ripristinato l'eguaglianza fra i soggetti interessati. In seguito a tale dichiarazione, infatti, i pescatori spagnoli sarebbero ricaduti nell'ambito del trattamento generale, e più favorevole, riservato in precedenza ai pescatori di altre nazionalità.

È però più difficile che la dichiarazione di invalidità possa ripristinare, di per sé, l'eguaglianza violata allorché essa identifichi la norma all'origine del trattamento discriminatorio nella norma più favorevole. Ciò in quanto, evidentemente, l'eliminazione di tale norma dall'ordinamento dovrebbe avere l'effetto di determinare una sorta di ampliamento retroattivo dell'ambito soggettivo di applicazione del trattamento, quello di svantaggio, previsto soltanto per alcuni soggetti ed esteso, in virtù della dichiarazione di invalidità, alla generalità dei soggetti destinatari dell'atto normativo. Questo effetto, tuttavia, può essere difficilmente fondato su una dichiarazione di invalidità parziale del regolamento n. 530.

È difficile ritenere, infatti, che la dichiarazione di invalidità del divieto di pescare a partire dal 23 giugno 2008 possa produrre, retroattivamente, una situazione conforme al principio di non discriminazione. In altre parole, è difficile ritenere che la dichiarazione di invalidità *ex post* possa avere l'effetto di spostare all'indietro la data di entrata in vigore del divieto di pesca, dato che le tonniere spagnole hanno già pescato nel periodo intercorrente fra il 16 e il 23 giugno 2008, e, quindi, hanno già danneggiato l'ambiente e depauperato le risorse ittiche che il regolamento avrebbe inteso tutelare. È evidente, allora, che al fine di ripristinare l'eguaglianza violata, la sentenza di invalidità parziale non può essere sufficiente. A tal fine occorrerebbero invece misure positive atte

³⁶ Sentenza *Gérard Buono*, par. 59.

a neutralizzare gli effetti già prodotti, ed ineliminabili, della normativa invalida.

In altri termini, sembrerebbe occorrere un intervento del legislatore che adottasse misure, specifiche e positive, atte ad eliminare in capo ai soggetti beneficiari della violazione del principio di eguaglianza i vantaggi indebitamente conseguiti nonché a eliminare gli svantaggi indiretti causati agli altri Stati membri, titolari di quote di pesca. Senonché, anche l'adozione di misure "positive", che richiederebbero peraltro l'intervento del legislatore, comporta difficoltà. Dato che gli indebiti vantaggi si sono prodotti in relazione allo sfruttamento di beni di carattere collettivo e di carattere deperibile, qual è lo *stock* di pesce, è evidente che alle misure tese ad eliminare i vantaggi indebitamente conseguiti dovrebbero corrispondere misure tese altresì a compensare il pregiudizio a tali beni. Sarebbero inoltre necessarie misure specifiche tese a riparare il danno ambientale il quale, notoriamente, è assai difficilmente valutabile³⁷.

In una lettura eccessivamente formalistica, si potrebbe addirittura pensare che la dichiarazione di invalidità limitata all'art. 2 del regolamento, che stabilisce una disciplina più favorevole rispetto a quella dell'art. 1, ma tuttavia impedisce una attività di pesca a partire da una data antecedente rispetto al termine naturale della campagna di pesca, produca l'effetto molto drastico di aggravare la situazione di discriminazione creata dal regolamento n. 530. Mentre, infatti, sarebbe rimasto in vigore il divieto previsto dall'art. 1 del regolamento a carico dei pescatori di altre nazionalità, il divieto imposto ai pescatori spagnoli, che già hanno goduto di un trattamento più favorevole, sarebbe stato caducato dalla dichiarazione di invalidità ad opera della sentenza *AJD Tuna*. Un tale risultato sarebbe davvero paradossale. Forse proprio al fine di evitarlo, la sentenza *Gérard Buono* ha precisato come la dichiarazione di invalidità colpisca la norma che ha rinviato «al 23 giugno 2008 l'entrata in vigore delle misure di divieto di pesca per le sole tonniere con reti a circuizione battenti bandiera spagnola, senza che tale termine supplementare fosse obiettivamente giustificato»³⁸.

³⁷ Si pensi, ad esempio, alla ipotesi di concedere in via regolamentare, alle tonniere spagnole, la possibilità di pescare una settimana in meno rispetto ai pescatori delle altre nazionalità coinvolti, in occasione della prossima campagna di pesca. Non vi sarebbe però alcuna certezza che una misura del genere possa ripristinare retroattivamente l'eguaglianza violata. Invero, non è possibile prevedere, con certezza, le condizioni ittiche ed ambientali, e dunque sarebbe assai arduo determinare, *ex ante*, quanto e quale arco temporale di divieto per i soli pescatori spagnoli permetterebbe, alle altre tonniere, di ricavare dalla attività il corrispondente dell'ingiusto vantaggio ottenuto nel 2008 dalle navi spagnole. In altre parole, quella che in apparenza potrebbe sembrare una misura redistributiva, ben potrebbe sortire ulteriori disparità e illiceità. Peraltro, essa nulla potrebbe in relazione ai beni collettivi depauperati a causa della norma illegittima.

³⁸ Sentenza *Gérard Buono*, par. 59.

In definitiva, la sentenza *Gérard Buono* solleva, una serie di problematiche giuridiche di estremo interesse: di carattere teorico, legate all'esigenza di individuare i rimedi giurisdizionali più appropriati per il ripristino dell'eguaglianza violata; di carattere istituzionale, derivanti dall'esigenza di accompagnare ai rimedi giurisdizionali, in talune circostanze, misure positive di carattere legislativo. Ambedue tali problematiche, ancora in gran parte irrisolte nella giurisprudenza della Corte di giustizia, attendono quindi una chiarificazione definitiva.

ABSTRACT

The identification of remedies capable to restore equality, after that a breach of the principle of non-discrimination has occurred, is a controversial issue in general theory of law. In dealing with this issue, in a consistent case law, the ECJ tends to identify which are the measures that, in a system of rules, establish an unreasonable treatment for a certain class of situations and, then, proclaims the invalidity of such measures only. This approach was also adopted by the ECJ in its recent decision in joint Cases C-12/13 P e C-13/13 P, *Gérard Buono*. Such classical scheme of analysis, however, seems to be applicable only when certain pre-conditions are at stake: in particular, this is when there is the possibility to construe the rule establishing a discriminatory treatment as an exception to the otherwise uniform beneficial treatment established by another rule. In the absence of these pre-conditions, such a scheme reveals a number of theoretical and practical shortcomings.

