

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

L.A. GEELHOED

presentate il 10 settembre 2002 ¹

Indice

I — Introduzione	I-11463
II — Contesto giuridico	I-11464
A — La disciplina della direttiva	I-11464
B — Il fondamento giuridico e il preambolo della direttiva	I-11471
C — La sentenza Pubblicità tabacco, 5 ottobre 2000	I-11473
III — Fatti e procedimento	I-11475
A — Il procedimento nazionale	I-11475
B — Le questioni pregiudiziali	I-11476
C — Il procedimento dinanzi alla Corte	I-11477
D — Punto preliminare	I-11477
IV — La peculiarità del procedimento e la ricevibilità	I-11478
V — Fattori collegati al contesto	I-11484
A — In generale	I-11484
B — Gli antecedenti di fatto	I-11484
C — La genesi della direttiva	I-11487
D — I cambiamenti sostanziali determinati dalla direttiva	I-11488
VI — Valutazione della prima questione: il fondamento giuridico scelto	I-11489
A — Introduzione e impostazione	I-11489
B — Un'osservazione preliminare sul fondamento giuridico	I-11491
C — L'art. 95 e la tutela della salute pubblica	I-11493
1. Argomenti addotti	I-11493
2. Giurisprudenza	I-11494
3. Valutazione in generale	I-11495

¹ — Lingua originale: polandese.

4. Valutazione sulla sostanza della competenza	I- 11496
5. Valutazione sull'uso della competenza	I- 11499
6. Valutazione sulla maggiore severità dei requisiti di composizione già armonizzati	I- 11501
7. In concreto, l'attuale direttiva	I- 11502
D — L'art. 95 e la produzione destinata all'esportazione in paesi terzi	I- 11504
1. Argomenti addotti	I- 11504
2. Impostazione	I- 11505
3. Gli artt. 94 e 95 CE e i requisiti nella fase di produzione: un breve schema	I- 11506
4. La competenza del legislatore comunitario: l'esigenza delle distorsioni sensibili	I- 11508
5. La direttiva sul tabacco	I- 11511
E — Ammissibilità di un duplice fondamento giuridico	I- 11514
F — L'art. 133 e l'esportazione dei prodotti in paesi terzi	I- 11518
1. Argomenti addotti	I- 11518
2. L'art. 133 e l'esportazione dei prodotti in paesi terzi: un breve quadro ..	I- 11520
3. Valutazione della competenza in virtù dell'art. 133 CE	I- 11522
4. Limiti della competenza	I- 11525
5. Valutazione della direttiva	I- 11526
G — Conseguenza giuridica di un uso errato dell'art. 133 CE	I- 11528
VII — Valutazione della prima questione: possibile violazione di principi generali di diritto	I- 11529
A — Il principio di proporzionalità	I- 11529
1. Valutazione in generale	I- 11529
2. Valutazione sull'applicabilità all'esportazione	I- 11531
3. Valutazione in relazione all'art. 7	I- 11533
4. In sintesi	I- 11537
B — Limitazione dei diritti di proprietà (intellettuale)	I- 11537
1. Delimitazione	I- 11537
2. Diritto di proprietà nel diritto comunitario	I- 11538
3. Diritto di proprietà intellettuale	I- 11540

C — Altri principi di diritto	I-11543
1. Obbligo della motivazione	I-11543
2. Principio di sussidiarietà	I-11544
3. Abuso di potere	I-11545
VIII — Valutazione della seconda questione	I-11545
A — Argomenti addotti	I-11545
B — Valutazione	I-11547
IX — Conclusione	I-11549

I — Introduzione

1. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale da parte della High Court of Justice (Administrative Court) verte sulla validità e sull'interpretazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 5 giugno 2001, 2001/37/CE, sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco (in prosieguo: la «direttiva») ².

2. La direttiva si distingue da molte altre direttive comunitarie contenenti requisiti di composizione per un elemento importante: essa infatti (o almeno il suo art. 3) è applicabile non soltanto ai prodotti del

tabacco immessi in commercio nell'ambito della stessa Unione europea, ma anche a quelli prodotti nell'Unione europea ed esportati in paesi terzi.

3. La causa è imperniata sulla questione se l'art. 95 CE potesse fungere da fondamento giuridico per la direttiva e se l'art. 133 CE potesse essere utilizzato come fondamento giuridico per disciplinare l'esportazione delle sigarette. Inoltre la High Court of Justice (Administrative Court) chiede chiarimenti in merito ad un'eventuale invalidità della direttiva per violazione di determinati principi generali di diritto o del diritto di proprietà. Infine è formulata una questione di interpretazione relativa all'art. 7 della direttiva.

4. Il presente procedimento presenta affinità con la causa Germania/Parlamento e Consiglio ³ (in prosieguo: la «sentenza

2 — GU L 194, pag. 26.

3 — Sentenza 5 ottobre 2000, causa C-376/98 (Racc. pag. I-8419).

Publicità tabacco»), in cui la Corte ha dichiarato la nullità di un'altra direttiva sui prodotti del tabacco. Detta sentenza riguardava la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 luglio 1998, 98/43/CE, sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità e di sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco (in prosieguo: la «direttiva 98/43»)⁴.

5. Per quanto riguarda la direttiva ora in esame, anche di questa il governo tedesco ha messo in dubbio la validità dinanzi alla Corte⁵. Con ordinanza 17 maggio 2002 la Corte ha respinto tale ricorso per irricevibilità, in quanto proposto tardivamente.

6. Il presente procedimento offre l'occasione per esaminare ex novo in generale il potere conferito al legislatore comunitario dall'art. 95. Questo articolo permette di fissare norme riguardanti l'instaurazione e il funzionamento del mercato comune. In particolare il presente procedimento è imperniato su due questioni:

— se tale competenza comprenda anche la possibilità di fissare norme che abbiano come obiettivo primario la tutela della salute pubblica e

— in che misura questo fondamento giuridico possa essere utilizzato per stabilire norme per prodotti fabbricati nella Comunità, ma non destinati alla commercializzazione sul territorio del mercato comune.

Anche la competenza in virtù dell'133 CE va presa in considerazione in senso lato; segnatamente occorre stabilire in che misura il legislatore comunitario sia competente a porre restrizioni all'esportazione di determinati prodotti in paesi terzi, tenuto conto dei rischi per la salute pubblica ad essi inerenti.

II — Contesto giuridico

A — *La disciplina della direttiva*

7. Gli artt. 3 - 7 della direttiva contengono gli obblighi a carico dei produttori e dei commercianti di prodotti del tabacco. Questi articoli vengono riprodotti integralmente qui di seguito.

⁴ — GU L 213, pag. 9.

⁵ — Causa C-406/01 (Racc. pag. I-4561).

8. Detti articoli così recitano:

gli Stati membri possono applicare i tenori massimi di cui al presente articolo a decorrere dal 1° gennaio 2005, ma hanno l'obbligo in ogni caso di farlo entro e non oltre il 1° gennaio 2007.

«*Articolo 3*

Sigarette: tenore massimo in catrame, nicotina e monossido di carbonio

3. Per la Repubblica ellenica, come deroga temporanea, la data di messa in applicazione del tenore massimo in catrame delle sigarette prodotte e commercializzate nel suo territorio di cui al paragrafo 1, è il 1° gennaio 2007.

1. A decorrere dal 1° gennaio 2004 il tenore in catrame, nicotina e monossido di carbonio delle sigarette immesse in libera pratica, commercializzate o prodotte negli Stati membri non può superare rispettivamente:

Articolo 4

— 10 mg/sigaretta di catrame,

Metodi di misurazione

— 1 mg/sigaretta di nicotina,

1. I tenori in catrame, nicotina e monossido di carbonio delle sigarette sono misurati sulla base delle norme ISO 4387 per il catrame, ISO 10315 per la nicotina e ISO 8454 per il monossido di carbonio.

— 10 mg/sigaretta di monossido di carbonio.

2. In deroga alla data indicata al paragrafo 1, per le sigarette fabbricate nella Comunità europea e destinate all'esportazione,

L'esattezza delle indicazioni relative al catrame e alla nicotina apposte sui pacchetti è verificata in base alla norma ISO 8243.

2. Le prove di cui al paragrafo 1 sono realizzate o verificate da laboratori di analisi approvati e sorvegliati dalle autorità competenti degli Stati membri.

Gli Stati membri comunicano alla Commissione, entro il 30 settembre 2002 e ad ogni modifica, un elenco dei laboratori autorizzati, precisando i criteri utilizzati per l'autorizzazione ed i mezzi di sorveglianza attuati.

3. Gli Stati membri possono anche esigere che i fabbricanti o gli importatori di tabacco procedano a qualsiasi altra prova imposta dalle autorità nazionali competenti, al fine di valutare il tenore di altre sostanze prodotte dai loro prodotti del tabacco marca per marca e tipo per tipo e per valutare gli effetti di tali altre sostanze sulla salute, tenendo conto tra l'altro del pericolo di dipendenza che comportano. Gli Stati membri possono anche esigere che tali prove vengano realizzate o verificate in laboratori autorizzati ai sensi del paragrafo 2.

4. I risultati delle prove effettuate a norma del paragrafo 3 sono presentati su base annuale alle autorità nazionali competenti. Gli Stati membri possono prevedere una comunicazione meno frequente dei risultati delle prove nei casi in cui non siano variate le specifiche del prodotto. Gli Stati membri sono informati dei cambiamenti di tali specifiche.

Gli Stati membri assicurano la diffusione, mediante qualsiasi mezzo appropriato, delle informazioni fornite a norma del presente articolo al fine di informare i consumatori, tenendo conto di ogni informazione che costituisca un segreto commerciale.

5. Gli Stati membri comunicano annualmente tutti i dati e le informazioni presentati ai sensi del presente articolo alla Commissione, che ne tiene conto nella relazione di cui all'articolo 11.

Articolo 5

Etichettatura

1. I tenori in catrame, nicotina e monossido di carbonio delle sigarette misurati a norma dell'articolo 4 sono stampati su un lato del pacchetto di sigarette nella o nelle lingue ufficiali dello Stato membro nel quale il prodotto viene commercializzato, in modo da coprire almeno il 10% della corrispondente superficie.

Questa percentuale è portata al 12% per gli Stati membri che hanno due lingue ufficiali e al 15% per gli Stati membri che hanno tre lingue ufficiali.

2. Ciascuna confezione unitaria dei prodotti del tabacco, ad eccezione dei prodotti del tabacco per uso orale e altri prodotti del tabacco non da fumo, reca obbligatoriamente le seguenti avvertenze:

Tale avvertenza è stampata sulla seconda superficie più visibile della confezione su ogni imballaggio esterno utilizzato per la vendita al dettaglio del prodotto, esclusi gli incarti trasparenti aggiuntivi.

a) avvertenza generale:

Gli Stati membri possono determinare la posizione delle avvertenze da far figurare su dette superfici in modo da soddisfare le esigenze linguistiche.

1) “Il fumo uccide”/“Il fumo può uccidere”, o

2) “Il fumo danneggia gravemente te e chi ti sta intorno”.

3. La Commissione, quanto prima possibile ed in ogni caso non oltre il 31 dicembre 2002 secondo la procedura di cui all'articolo 10, paragrafo 2, adotta orientamenti per l'utilizzo di fotografie a colori o pittogrammi che illustrino e spieghino le ripercussioni del fumo sulla salute per assicurare che non siano pregiudicate le disposizioni del mercato interno.

Le avvertenze generali di cui sopra si alternano in modo da comparire con regolarità. Tale avvertenza è stampata sulla superficie più visibile della confezione, nonché su ogni imballaggio esterno, esclusi i sovraimballaggi trasparenti, utilizzato per la vendita al dettaglio del prodotto, e

Quando gli Stati membri richiedono avvertenze ulteriori sotto forma di fotografie a colori o altre illustrazioni, queste debbono essere conformi alle norme sopra menzionate.

b) un'avvertenza supplementare ripresa dall'elenco di cui all'allegato I.

Le avvertenze supplementari di cui sopra si alternano in modo da comparire con regolarità.

4. I prodotti del tabacco per uso orale dei quali è autorizzata la commercializzazione

a norma dell'articolo 8, e i prodotti del tabacco senza combustione, recano l'avvertenza seguente: "Questo prodotto del tabacco può nuocere alla tua salute e provoca dipendenza".

L'avvertenza è apposta sulla parte più visibile della confezione e su ogni imballaggio esterno utilizzato per la vendita al dettaglio del prodotto, esclusi gli incarti trasparenti aggiuntivi.

Gli Stati membri possono determinare la posizione dell'avvertenza su detta superficie in funzione delle esigenze linguistiche.

5. L'avvertenza generale di cui al paragrafo 2, lettera a) e l'avvertenza per i prodotti del tabacco senza combustione e per uso orale di cui al paragrafo 4, coprono almeno il 30% della zona esterna della superficie corrispondente della confezione di tabacco sulla quale sono stampate. Questa percentuale è portata al 32% per gli Stati membri con due lingue ufficiali e al 35% per gli Stati membri con tre lingue ufficiali. L'avvertenza supplementare di cui al paragrafo 2, lettera b), copre almeno il 40% della zona esterna della superficie corrispondente della confezione di tabacco sulla quale è stampata. Questa percentuale è portata al 45% per gli Stati membri con due lingue ufficiali e al 50% per gli Stati membri con tre lingue ufficiali.

Tuttavia, per le confezioni destinate ai prodotti diversi dalle sigarette la cui superficie più visibile sia superiore a 75 cm^2 , la superficie delle avvertenze di cui al paragrafo 2 è di almeno $22,5 \text{ cm}^2$ per ogni parte. Tale superficie è portata a 24 cm^2 per gli Stati membri con due lingue ufficiali e a $26,25 \text{ cm}^2$ per gli Stati membri con tre lingue ufficiali.

6. Il testo delle avvertenze e delle indicazioni relative ai tenori, prescritti dal presente articolo, è stampato:

- a) in caratteri Helvetica grassetto su fondo bianco. Per soddisfare le esigenze linguistiche, gli Stati membri determinano il corpo di caratteri del testo, purché il formato dell'assortimento completo dei caratteri specificato nella legislazione nazionale sia tale da occupare la maggior parte possibile della superficie riservata al testo richiesto;
- b) in lettere minuscole, ad eccezione della iniziale del messaggio e dove altrimenti imposto da regole grammaticali;
- c) centrati sull'area dove il testo dev'essere stampato, parallelamente al bordo superiore della confezione;

- d) per i prodotti diversi da quelli di cui al paragrafo 4, contornato da un bordo nero, con spessore minimo di 3 mm e massimo di 4 mm, che non interferisca in alcun modo con il testo dell'avvertenza o dell'informazione fornita; è indicato su ogni confezione in qualsiasi forma appropriata che permetta di individuare la provenienza del prodotto e la data della produzione.
- e) nella lingua ufficiale o nelle lingue ufficiali dello Stato membro in cui il prodotto viene immesso sul mercato.
- Le misure tecniche per applicare la presente disposizione sono adottate secondo la procedura di cui all'articolo 10, paragrafo 2.

Articolo 6

7. I testi prescritti dal presente articolo non possono essere stampati sui bolli fiscali delle confezioni. Essi sono stampati in modo inamovibile e indelebile e non devono in alcun modo essere dissimulati, coperti o interrotti da altre indicazioni o immagini, né a seguito dell'apertura del pacchetto. Per i prodotti del tabacco diversi dalle sigarette, i testi possono essere apposti mediante adesivi, purché inamovibili.

Altre informazioni riguardanti il prodotto

1. Gli Stati membri obbligano i fabbricanti e gli importatori di prodotti del tabacco a presentare un elenco di tutti gli ingredienti utilizzati nella fabbricazione di detti prodotti con le relative quantità, suddivisi per marche e tipi.

8. Gli Stati membri possono prevedere che le avvertenze di cui ai paragrafi 2 e 4 siano corredate dalla menzione, al di fuori del riquadro previsto per le avvertenze, dell'autorità che le formula.

All'elenco è allegata una dichiarazione che giustifichi l'inclusione di tali ingredienti nei prodotti del tabacco. È indicata la funzione e la categoria dei vari ingredienti. L'elenco è inoltre corredato dei dati tossicologici di cui il fabbricante o importatore dispone relativamente a tali ingredienti, sotto forma combusta o incombusta come opportuno, con particolare attenzione ai loro effetti sulla salute e tenuto conto tra l'altro degli

9. Onde assicurare l'identificazione e la rintracciabilità, il numero del lotto o altro segno equivalente del prodotto del tabacco

effetti di dipendenza che essi possono comportare. L'elenco è compilato secondo l'ordine decrescente di peso di ciascun ingrediente incluso nel prodotto.

Articolo 7

Denominazioni del prodotto

Le informazioni di cui al primo comma sono fornite con cadenza annuale e per la prima volta entro il 31 dicembre 2002.

2. Gli Stati membri assicurano la divulgazione con ogni mezzo appropriato delle informazioni fornite a norma del presente articolo per informare i consumatori, tenendo conto tuttavia della protezione di tutte le informazioni sulla composizione di uno specifico prodotto che costituiscano eventualmente un segreto commerciale.

3. Gli Stati membri garantiscono che l'elenco degli ingredienti per ciascun prodotto, indicante il tenore in catrame, nicotina e monossido di carbonio, venga reso accessibile al pubblico.

4. Gli Stati membri comunicano annualmente tutti i dati e le informazioni di cui al presente articolo alla Commissione che ne tiene conto nella relazione di cui all'articolo 11.

Con effetto a partire dal 30 settembre 2003 e fatto salvo l'articolo 5, paragrafo 1, le diciture, denominazioni, marchi, immagini e altri elementi figurativi o altri simboli che suggeriscono che un particolare prodotto del tabacco è meno nocivo di altri non sono usati sulle confezioni dei prodotti del tabacco».

9. L'art. 13 della direttiva enuncia le facoltà e gli obblighi dopo l'entrata in vigore della direttiva stessa. Esso dispone:

«1. Gli Stati membri non possono, per considerazioni attinenti alla limitazione del tenore in catrame, nicotina o monossido di carbonio delle sigarette, alle avvertenze per la salute e ad altre indicazioni o ad altri requisiti prescritti dalla presente direttiva, vietare o limitare l'importazione, la vendita e il consumo di prodotti del tabacco conformi alla presente direttiva, salve le misure adottate ai fini della verifica degli elementi forniti nel contesto dell'articolo 4.

2. La presente direttiva fa salvo il diritto degli Stati membri di mantenere o adottare, nel rispetto del trattato, disposizioni più restrittive per la lavorazione, l'importazione, la vendita e il consumo dei prodotti del tabacco che essi ritengano necessarie per garantire la protezione della salute pubblica, purché tali disposizioni non pregiudichino le norme stabilite dalla presente direttiva.

degli ostacoli per il mercato interno. Al secondo e al terzo 'considerando' si rileva che esistono ancora differenze sostanziali tra le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri relative alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco, che ostacolano il funzionamento del mercato interno. Queste barriere devono essere eliminate. Al quarto 'considerando' si ricorda inoltre che, a norma dell'art. 95, paragrafo 3, del Trattato, occorre che la protezione della salute benefici di un'attenzione prioritaria, considerati gli effetti particolarmente nocivi del tabacco.

3. In particolare, gli Stati membri possono vietare, nelle more dell'adozione degli ingredienti di cui all'articolo 12, l'utilizzo di ingredienti che abbiano l'effetto di accrescere le proprietà tossicomaniogene dei prodotti del tabacco».

12. Anche in molti altri 'considerando' si fa menzione dei (potenziali) ostacoli al mercato comune. Ricordo in particolare:

B — Il fondamento giuridico e il preambolo della direttiva

10. Come fondamento giuridico per la direttiva sono stati scelti gli artt. 95 CE e 133 CE. Si osserva in merito che l'art. 133 è stato aggiunto dal Parlamento europeo nella fase conclusiva dell'adozione. La proposta della Commissione faceva riferimento ad un solo fondamento giuridico, vale a dire all'art. 95.

11. Fondamento giuridico centrale nel preambolo è l'art. 95, ovvero l'eliminazione

— il settimo 'considerando', prima frase: «Diversi Stati membri hanno indicato che, se non saranno adottate disposizioni a livello comunitario sul tenore massimo di monossido di carbonio delle sigarette, tali norme saranno adottate a livello nazionale»;

— il nono 'considerando', prima e seconda frase: «Esistono differenze tra le disposizioni legislative, regolamen-

tari e amministrative degli Stati membri sulla limitazione del tenore massimo in nicotina delle sigarette. Tali differenze possono ostacolare gli scambi e il funzionamento del mercato interno».

13. Soltanto l'undicesimo 'considerando' della direttiva riguarda l'esportazione e pertanto anche l'art. 133. Questo 'considerando' recita:

«La presente direttiva avrà ripercussioni anche sui prodotti del tabacco esportati dalla Comunità europea. Il regime di esportazione rientra nella politica commerciale comune. In virtù dell'articolo 152, paragrafo 1, del Trattato e alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, le disposizioni sanitarie devono essere parte integrante delle altre politiche della Comunità. Si dovrebbero adottare norme per assicurare che non siano pregiudicate le disposizioni del mercato interno».

14. La ratio per i tenori massimi di determinate sostanze nocive (art. 3 della direttiva) è indicata nel quinto, settimo e nono 'considerando'. Per quanto riguarda il catrame, la direttiva 90/239 (in prosieguo:

la «direttiva 90/239») ⁶ stabilisce il limite massimo di catrame che può essere contenuto nelle sigarette vendute negli Stati membri. Un'ulteriore riduzione del tenore deriva dal carattere cancerogeno del catrame. Per quanto riguarda il monossido di carbonio: «è stato dimostrato che le sigarette producono quantità di monossido di carbonio pericolose per la salute umana e in grado di aggravare disturbi cardiaci ed altre malattie». La nicotina, secondo il nono 'considerando', causa problemi specifici alla salute.

15. Il 19° 'considerando' fornisce una motivazione per l'art. 5 della direttiva e recita: «La presentazione delle etichette di precauzione e l'indicazione dei tenori continua a variare tra gli Stati membri. Di conseguenza i consumatori possono essere informati quanto ai rischi dei prodotti del tabacco meglio in uno Stato membro che in un altro. Tali disparità sono inaccettabili e possono ostacolare gli scambi e il funzionamento del mercato interno per quanto riguarda i prodotti del tabacco e pertanto dovrebbero essere eliminate. A tal fine occorre che la legislazione vigente sia rafforzata e chiarita, garantendo un alto livello di tutela della salute».

16. Ai fini dell'interpretazione dell'art. 7 della direttiva — la seconda questione

6 — GUL 137, pag. 36.

posta dal giudice del rinvio — rileva il 27° ‘considerando’: «L’uso sulle confezioni dei prodotti del tabacco di diciture quali “basso tenore di catrame”, “ultra-light”, “light”, “mild”, di nomi, immagini ed elementi figurativi o altri segni può trarre in inganno il consumatore dando la falsa impressione che i suddetti prodotti siano meno nocivi, e portare ad un aumento dei consumi. Le abitudini di fumo e la dipendenza, e non solo il contenuto di talune sostanze nel prodotto prima del consumo, determinano il livello delle sostanze inalate. Di tale fatto non si tiene conto nell’uso di tali termini e può minare il sistema di requisiti per l’etichettatura stabilito nella presente direttiva. Per assicurare il corretto funzionamento del mercato interno, e dato lo sviluppo delle norme internazionali proposte, il divieto di tale utilizzazione dovrebbe avvenire a livello comunitario concedendo tempo sufficiente per introdurre tale norma».

direttiva, anch’essa mirante a ridurre l’uso del tabacco e basata — almeno principalmente — sull’art. 95 CE. Per questo motivo riporto in questa sede, come elemento del contesto giuridico, le principali considerazioni di detta sentenza.

18. Nella sentenza la Corte elenca le condizioni a cui è subordinato l’uso dell’art. 95 del Trattato come fondamento giuridico per l’armonizzazione dei requisiti di composizione⁷. In sintesi queste condizioni sono le seguenti:

— Le misure adottate devono essere destinate a migliorare le condizioni di instaurazione e di funzionamento del mercato interno. L’art. 95 CE non attribuisce una competenza generale a disciplinare il mercato interno.

— Le misure devono avere l’obiettivo di rimuovere gli ostacoli alle libertà fondamentali o le distorsioni della concorrenza.

— Deve trattarsi di un rischio concreto. Si può ricorrere all’art. 95 per prevenire

C — La sentenza Pubblicità tabacco, 5 ottobre 2000

17. Nella valutazione della presente causa ha un ruolo di rilievo la sentenza Pubblicità tabacco, 5 ottobre 2000, con cui è stata annullata la direttiva sulla pubblicità per il tabacco e la sponsorizzazione. Occorre ora chiedersi quale significato abbia quel giudizio della Corte ai fini della presente

7 — V. punti 83, 84, 86, 88 e 100 della sentenza.

l'insorgere di futuri ostacoli agli scambi dovuti allo sviluppo eterogeneo delle legislazioni nazionali. Tuttavia l'insorgere di tali ostacoli deve essere probabile e la misura di cui trattasi deve avere per oggetto la loro prevenzione.

pubblica può essere determinante ai fini delle scelte da operare.

— Una direttiva può contenere disposizioni che possono contribuire solo indirettamente alla rimozione di tali ostacoli. Deve trattarsi di disposizioni necessarie per evitare l'elusione di divieti aventi tale scopo.

20. Per ogni atto occorre verificare se esso offra un reale contributo al fine di rimuovere gli ostacoli alla libera circolazione e le distorsioni della concorrenza.

— È un orientamento costante della giurisprudenza che le distorsioni della concorrenza siano rilevanti solo qualora siano sensibili.

21. La verifica relativa alla libera circolazione ha dato i seguenti risultati. La Corte ritiene consentita, in virtù dell'art. 95, l'adozione di norme per disciplinare la pubblicità sui mezzi di stampa, mentre il divieto di pubblicità su — tra l'altro — manifesti, ombrelloni, portacenere, nonché il divieto di messaggi pubblicitari al cinema non avrebbero alcun effetto per la libera circolazione dei prodotti interessati. Evidentemente la Corte presuppone che queste ultime ipotesi riguardino più o meno mercati locali, il che non mi sembra tanto ovvio, dato il carattere internazionale del mercato del tabacco, di cui fanno parte anche la produzione e il commercio degli strumenti pubblicitari. La Corte attribuisce rilievo anche al fatto che le disposizioni relative agli strumenti pubblicitari rappresentano un limite minimo: gli Stati membri possono stabilire condizioni più restrittive. Ne consegue — così interpreto il giudizio della Corte — che la direttiva non può contribuire sostanzialmente a rimuovere gli ostacoli alla libera circolazione dei prodotti.

— La Corte considera come una distorsione della concorrenza una restrizione delle modalità di concorrenza che valgono per tutti gli operatori economici in uno Stato membro, ad esempio in quanto un certo atto è vietato. Una siffatta restrizione da sola non rende l'art. 95 un fondamento giuridico adeguato per la generalizzazione a tutta l'Unione di un divieto di ampia portata vigente in uno Stato membro.

19. Una volta soddisfatte le condizioni per far ricorso all'art. 95, la tutela della sanità

22. La verifica relativa alla concorrenza porta alla seguente conclusione: l'art. 95 non è uno strumento adeguato per rimuovere una distorsione della concorrenza imponendo rigide limitazioni della concorrenza nell'intero mercato comune.

importanti sono, tra l'altro, Rothmans, Peter Stuyvesant, Benson & Hedges e John Player Gold Leaf⁸. Esse sostengono che l'attuazione della direttiva ha ripercussioni considerevoli sulle loro attività e su quelle delle società da esse controllate.

23. Un ultimo elemento rilevante è che la Corte nel caso di specie non si ritiene competente ad annullare parzialmente la direttiva, dato il carattere generale del divieto da essa sancito.

25. Il 3 settembre 2001 le ricorrenti hanno avviato un procedimento dinanzi alla High Court of Justice contestando il proponimento e/o l'obbligo del governo del Regno Unito di recepire la direttiva nel diritto nazionale. Nell'udienza dinanzi alla Corte si è posta pertanto la questione del significato della sezione 2 (2) dell'European Communities Act. Le ricorrenti hanno dichiarato che la sezione 2 (2) dell'European Communities Act attribuisce al governo britannico il potere di dare esecuzione ai suoi obblighi comunitari. Esse hanno chiesto al giudice nazionale di dichiarare che l'esercizio da parte del governo britannico dei poteri ad esso derivanti dall'European Communities Act sarebbe *ultra vires* (esorbitante), in quanto la direttiva sarebbe illegittima. Da questa non deriverebbe pertanto alcun obbligo per il governo britannico che possa giustificare l'esercizio di questo potere.

III — Fatti e procedimento

A — Il procedimento nazionale

24. Le ricorrenti nella causa a quo, la British American Tobacco (Investments) Limited e la Imperial Tobacco Limited (in prosieguo: le «ricorrenti»), sono industrie manifatturiere di prodotti di tabacco nel Regno Unito e sono tra le maggiori produttrici di tabacco del mondo. Esse operano in 180 paesi ed hanno una quota globale di mercato pari al 15,1%. Le loro fabbriche, più di 80, sono distribuite in 64 paesi e producono 800 miliardi di sigarette all'anno. In tutto il mondo le ricorrenti impiegano 80 000 dipendenti. Le loro principali marche internazionali sono Lucky Strike, Kent, Dunhill e Pall Mall. Altre marche

26. Con ordinanza 26 febbraio 2002 la High Court of Justice ha autorizzato la Japan Tobacco Inc. e la JT International SA ad intervenire nel procedimento.

⁸ — Dati ricavati dal sito internet delle ricorrenti.

27. La Japan Tobacco Inc. dichiara che le sue censure riguardano l'art. 7 della direttiva e segnatamente i motivi dedotti dalle ricorrenti nel procedimento principale.

B — *Le questioni pregiudiziali*

30. La High Court of Justice (Administrative Court), con ordinanza 6 dicembre 2001, registrata nella cancelleria della Corte il 19 dicembre 2001, ha quindi chiesto alla Corte una pronuncia pregiudiziale sulle seguenti questioni:

28. La Japan Tobacco Inc. è una delle maggiori produttrici di sigarette del mondo. La JT International SA è una società controllata dalla Japan Tobacco Inc. e produce sigarette nella sua fabbrica in Germania per poi distribuirle nei quindici Stati membri della Comunità. La Japan Tobacco Inc. è inoltre proprietaria del marchio commerciale Mild Seven, che essa asserisce essere il secondo marchio di sigarette nel mondo. La JT International SA ha la licenza esclusiva per tale marchio. La vendita di Mild Seven costituisce una quota pari a oltre il 40% delle vendite totali della Japan Tobacco Inc.⁹.

«1) Se la direttiva 2001/37/CE sia invalida in tutto o in parte in ragione:

a) dell'inadeguatezza dell'art. 95 CE e/o dell'art. 133 CE come fondamento normativo;

b) dell'uso dell'art. 95 CE e dell'art. 133 CE come duplice fondamento normativo;

c) della violazione del principio di proporzionalità;

29. Le ricorrenti deducono sette motivi di illegittimità della direttiva 2001/37/CE, che sono indicati nelle sette parti in cui si articola la prima questione pregiudiziale.

d) della violazione dell'art. 295 CE, del diritto fondamentale alla proprietà e/o dell'art. 20 dell'accordo TRIPs;

⁹ — La Japan Tobacco Inc. e la JT International SA sono denominate in prosieguo «Japan Tobacco».

e) della violazione dell'art. 253 CE e/o dell'obbligo di motivazione;

f) della violazione del principio di sussidiarietà;

g) di uno sviamento di potere.

All'udienza della Corte del 2 luglio 2002, le ricorrenti, la Japan Tobacco, il Parlamento europeo, il Consiglio, la Commissione e i governi di Belgio, Germania, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi e Regno Unito hanno svolto argomenti orali.

D — *Punto preliminare*

2) Qualora dovesse risultare valida, se l'art. 7 della direttiva del Parlamento e del Consiglio 2001/37/CE si applichi solo ai prodotti del tabacco commercializzati entro la Comunità europea ovvero se esso si applichi anche ai prodotti del tabacco confezionati nell'ambito della Comunità per l'esportazione verso paesi terzi».

32. Il Parlamento osserva che le ricorrenti nel procedimento principale hanno affermato che i loro argomenti trovano eco in un parere confidenziale sulla proposta di direttiva proveniente dal servizio giuridico del Parlamento europeo. Due pareri distinti del servizio giuridico sono stati allegati alle deposizioni testimoniali delle ricorrenti nella causa principale. Inoltre le ricorrenti fondano la loro tesi anche su un parere della commissione giuridica del Parlamento europeo.

C — *Il procedimento dinanzi alla Corte*

31. In virtù dell'art. 20 del Protocollo allegato allo Statuto della Corte di giustizia sono state depositate osservazioni scritte da: le ricorrenti, la Japan Tobacco, il Parlamento europeo, il Consiglio, la Commissione e i governi di Belgio, Germania, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Regno Unito e Svezia.

33. Il Parlamento chiede alla Corte di non prendere in considerazioni detti pareri né i documenti in cui essi sono citati o richiamati. A tal riguardo il Parlamento rinvia alle conclusioni presentate dall'avvocato generale Jacobs nella causa Spagna/Consiglio¹⁰, in cui questi sostiene che, in mancanza di autorizzazione espressa da parte di

10 — Conclusioni presentate per la sentenza 13 luglio 1995, causa C-350/92 (Racc. pag. I-1985). L'avvocato generale ritiene peraltro che lo stesso principio valga nel caso in cui non vengano presentati documenti del servizio giuridico, ma nei documenti ci si limiti a rinviare alla posizione che sarebbe stata assunta dal servizio medesimo.

un'istituzione comunitaria, un parere espresso dal suo servizio giuridico non può essere invocato né direttamente né indirettamente dinanzi alla Corte. Ciò arrecherebbe ovviamente pregiudizio all'interesse generale alla formulazione di pareri giuridici indipendenti. Il Parlamento rinvia anche all'ordinanza del presidente del Tribunale nella causa Carlsen¹¹, da cui emerge che la divulgazione dei pareri del servizio giuridico può creare incertezza riguardo alla legittimità degli atti da adottare ed avere conseguenze negative sul funzionamento delle istituzioni. Ciò provocherebbe disagio per la stabilità dell'ordinamento comunitario e per il buon funzionamento delle istituzioni — interessi pubblici il cui rispetto dev'essere assolutamente garantito.

34. Ritengo che i pareri giuridici espressi nel corso dell'emanazione della legislazione comunitaria non debbano rimanere segreti in tutti i casi. La divulgazione di siffatti pareri ha anche un importante vantaggio, in quanto aumenta la trasparenza nell'emanazione della legislazione comunitaria. Ciò non significa tuttavia che tutti i pareri debbano essere divulgati. A questo riguardo distinguo tra i pareri interni dei servizi giuridici, che si devono esprimere liberamente al fine di stabilire la posizione interna assunta da un'istituzione, da un lato, e quelli più formali, esterni, come

quelli resi in alcuni Stati da un Consiglio di Stato, dall'altro. Per quest'ultimo tipo di pareri non vedo alcun motivo per tenerli segreti. Ma anche i pareri interni possono essere resi pubblici, per qualunque motivo; in tal caso le parti in un procedimento come questo sono libere di utilizzare gli argomenti in essi adottati. Una questione diversa è che un'istituzione non può essere vincolata dalle posizioni interne assunte dal suo servizio giuridico.

35. Nel caso di specie è possibile non tener conto di detti documenti nel valutare la volontà del legislatore. Propongo pertanto che la Corte, nel giudicare questa causa, prenda atto del fatto che questi pareri non rappresentano la posizione del Parlamento europeo. Per il resto non occorre prendere in considerazione la richiesta del Parlamento europeo.

IV — La peculiarità del procedimento e la ricevibilità

36. La presente causa ha una sua peculiarità in quanto è la prima volta che la Corte deve pronunciarsi sulla ricevibilità di questioni pregiudiziali relative alla legittimità di una direttiva, questioni che sono state sollevate dagli interessati durante la fase di trasposizione in un procedimento pendente dinanzi al giudice nazionale. Questa situa-

11 — Ordinanza 3 marzo 1998, causa T-610/97, Carlsen e a./Consiglio (Racc. pag. II-485). V. anche sentenza 8 novembre 2000, causa T-44/97, Ghignone/Consiglio (Racc. pag. IA-223, II-1023).

zione si è verificata anche nella causa Imperial Tobacco e a.¹², in cui però la Corte non doveva pronunciarsi sulla ricevibilità in quanto l'interesse alla causa era venuto meno dopo che la direttiva contestata era stata dichiarata illegittima con sentenza 5 ottobre 2000¹³. Nella sentenza SMW Winzersekt¹⁴, peraltro, la Corte ha risolto una questione in un certo senso analoga. Si trattava di una disposizione di un regolamento applicabile soltanto dopo un periodo di transizione. Per il ricorrente nel procedimento principale in quella causa, a giudizio della Corte, non era necessario aspettare sino alla fine del periodo di transizione per poter invocare dinanzi al giudice nazionale l'inapplicabilità della disposizione in questione.

sofferto dai privati nel corso del periodo di trasposizione è un danno di fatto e non deriva dal diritto comunitario. Anche la Commissione è dell'avviso che non è necessario decidere sulla legittimità e sull'interpretazione della direttiva prima della scadenza del termine per la trasposizione. Inoltre, se un privato, prima della scadenza del termine di trasposizione, potesse invocare l'illegittimità di una direttiva dinanzi al giudice nazionale, ciò potrebbe essere considerato come elusione del disposto dell'art. 230 CE e come una violazione dei mezzi di ricorso previsti dal Trattato.

37. Il governo francese e la Commissione contestano la ricevibilità. Il governo francese osserva che di per sé una direttiva non può imporre obblighi ai privati. In particolare, esso richiama la sentenza Salamander e a./Parlamento e Consiglio, pronunciata dal Tribunale di primo grado¹⁵, in cui si statuisce che una direttiva che esiga dagli Stati membri che questi impongano obblighi agli operatori economici di per sé non tocca direttamente la posizione giuridica di detti operatori economici, prima dell'emanazione delle norme nazionali di trasposizione e a prescindere da esse. Il danno

38. A mio avviso la costante giurisprudenza della Corte in merito alla ricevibilità di questioni pregiudiziali offre la risposta per la presente causa, per quanto riguarda questioni sulla validità di una direttiva sollevate durante la fase di recepimento.

39. In sintesi, secondo la costante giurisprudenza della Corte, quando le questioni proposte dal giudice nazionale riguardano l'interpretazione di una disposizione di diritto comunitario, la Corte stessa, in linea di massima, è obbligata a risolverle. Una richiesta di un giudice nazionale può essere respinta soltanto se risulta che viene fatto un uso improprio del procedimento di cui all'art. 234 CE, o al fine di provocare una

12 — Sentenza 5 ottobre 2000, causa C-74/99 (Racc. pag. I-8599).

13 — Causa C-376/98, citata alla nota 3.

14 — Sentenza 13 dicembre 1994, causa C-306/93 (Racc. pag. I-5555).

15 — Sentenza 27 giugno 2000, cause riunite T-172/98, T-175/98 — T-177/98 (Racc. pag. II-2487, punto 54).

sentenza della Corte per mezzo di una controversia artificiale o quanto è evidente che il diritto comunitario non può essere applicabile né direttamente né indirettamente alle circostanze del caso¹⁶.

40. La Corte interpreta pertanto estensivamente il suo obbligo di risolvere una questione pregiudiziale, facendo presente che la procedura contemplata dall'art. 234 CE rappresenta uno strumento di collaborazione tra la Corte e i giudici nazionali. Ne consegue — dichiara la Corte — che spetta esclusivamente ai giudici nazionali investiti della causa e responsabili della sentenza che verrà pronunciata valutare, nel rispetto delle circostanze specifiche del caso concreto, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per la sentenza che devono pronunciare, sia la rilevanza giuridica delle questioni che propongono alla Corte.

41. È, in altre parole, il giudice nazionale — e non la Corte — ad accertare l'opportunità della proposizione di questioni pregiudiziali. Basta che la controversia non sia artificiale e che le questioni riguardino l'applicazione del diritto comunitario.

42. Su questi punti per me non ci sono dubbi. In primo luogo, in diritto nazionale

esiste una controversia reale che riguarda la facoltà del governo britannico di applicare la sezione 2 (2) dell'European Communities Act. In secondo luogo, le questioni riguardano l'applicazione del diritto comunitario. La controversia infatti verte non sul progetto di una normativa comunitaria, ma su una direttiva emanata ed entrata in vigore il giorno della sua pubblicazione, ai sensi del suo art. 16. Con ciò è pacifico quale sia il contenuto della direttiva e quali obblighi ne derivino alla scadenza del periodo di trasposizione.

43. Nulla toglie alla validità di tali affermazioni quanto sostenuto nella sentenza Vaneetveld¹⁷ — a cui rinvia la Commissione. In questa sentenza la Corte ha giudicato che i privati possono invocare una direttiva dinanzi al loro giudice nazionale soltanto dopo la scadenza del termine per il recepimento della medesima in diritto nazionale. Prima della scadenza di questo termine, infatti, una direttiva non può creare per il singolo diritti che devono essere tutelati dal giudice nazionale. In quel periodo non possono derivare da una direttiva obblighi per i privati; solo gli Stati membri hanno in questo periodo degli obblighi ben definiti. Essi devono recepire la direttiva in diritto nazionale e devono inoltre astenersi dall'adozione di atti che possano gravemente pregiudicare il risultato perseguito dalla direttiva¹⁸.

16 — V., ad esempio, sentenza 17 luglio 1997, causa C-130/95, Gilyo (Racc. pag. I-4291, punti 20 e segg.).

17 — Sentenza 3 marzo 1994, causa C-316/93 (Racc. pag. I-763).

18 — Sentenza 18 dicembre 1997, causa C-129/96, Inter-Environnement Wallonie (Racc. pag. I-7411).

44. Ciò non significa tuttavia che non esista una necessità oggettiva¹⁹ di una soluzione delle questioni pregiudiziali proposte e che pertanto la controversia sia artificiale, caso in cui la Corte non sarebbe tenuta a pronunciarsi.

non si basa sul diritto comunitario. Questo argomento mi sembra non solo inesatto²¹, ma anche irrilevante per la Corte, in quanto la sua valutazione è rimessa al giudice nazionale.

45. Anzi, non si può nemmeno dubitare sull'esistenza di un interesse delle ricorrenti alla soluzione delle questioni pregiudiziali sollevate. Questo interesse consiste nel fatto che esse devono poter ottenere certezza in merito ai diritti e agli obblighi per esse vigenti nel prossimo futuro che sono essenziali per l'operatività delle loro aziende. È inoltre plausibile che esse, già prima della scadenza del termine di recepimento, debbano adottare determinate misure relative alla loro gestione. La Corte non si sofferma a valutare il contenuto o la portata dell'interesse in questione, in quanto siffatta valutazione è riservata al giudice nazionale nel procedimento pregiudiziale. È proprio questa la differenza tra il procedimento pregiudiziale e il ricorso diretto al giudice comunitario in virtù dell'art. 230 CE²⁰. Solo ad abundantiam osservo che non esiste nemmeno alcun dubbio sul fatto che l'interesse delle ricorrenti è considerevole. Sempre ad abundantiam esamino l'argomento addotto dal governo francese secondo cui l'interesse delle ricorrenti è un interesse di fatto e

46. Devo pertanto concludere che la Corte deve dare una risposta alle questioni pregiudiziali proposte dalla High Court. Osservo che questa conclusione corrisponde all'orientamento scelto dalla Corte nella causa *Winzersekt*²², per certi aspetti analoga.

47. È bene tuttavia far presente che una conclusione diversa — che stabilisca l'irricevibilità — comporterebbe che l'ordinamento giuridico comunitario non prevede una tutela giuridica effettiva per le ricorrenti. Non si renderebbe così giustizia a questo importante principio generale del diritto, sempre riconosciuto dalla Corte²³ come un elemento dell'eredità costituzionale comune agli Stati membri. Questo principio giuridico è sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed è formulato per l'Unione europea all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

19 — La Corte segue questo criterio nella sentenza 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman* (Racc. pag. I-4921, punto 65).

20 — V. in questo senso anche le conclusioni presentate dall'avvocato generale Fennelly per la sentenza 5 ottobre 2000, causa C-74/99, *Imperial Tobacco e a.* (citata alla nota 12, punto 32).

21 — V. paragrafo 37 di queste conclusioni.

22 — V. paragrafo 36 di queste conclusioni.

23 — V., ad esempio, sentenza 15 maggio 1986, causa 222/84, *Johnston* (Racc. pag. 1651).

48. In primo luogo, a proposito dell'esigenza di un ricorso effettivo, osservo quanto segue: il procedimento pregiudiziale fa parte di un complesso di strumenti che deve offrire al cittadino la necessaria tutela giuridica. Oltre al procedimento pregiudiziale è previsto un ricorso diretto che in determinate circostanze può essere presentato da ogni persona fisica o giuridica dinanzi al Tribunale di primo grado.

49. Tuttavia, in forza dell'art. 230 CE, la legittimità di una direttiva può essere impugnata soltanto in un ricorso diretto, proposto da uno Stato membro, dal Consiglio o dalla Commissione²⁴. Questo articolo non conferisce a persone fisiche e giuridiche alcun diritto di presentare ricorso dinanzi alla Corte sulla legittimità di una direttiva. Il quarto paragrafo dell'art. 230 parla soltanto di decisioni e — in una circostanza ben specifica — di regolamenti.

50. Dal fatto che il quarto paragrafo dell'art. 230 CE contiene una descrizione inequivocabile dei casi in cui alle persone fisiche e giuridiche spetta un diritto di ricorso si deve evincere che il legislatore comunitario ha esplicitamente scelto di non conferire un accesso diretto al giudice comunitario in un caso come questo. Ciò è in linea con l'orientamento della giurisprudenza della Corte, in cui essa pone severi requisiti all'interesse individuale che i privati devono avere per poter avviare un

procedimento dinanzi al giudice comunitario²⁵. Gli interessati hanno legittimazione ad agire soltanto se «un atto li riguarda in ragione di determinate loro peculiari qualità o di una circostanza di fatto che li distingue da chiunque altro e li identifica in modo analogo al destinatario»²⁶. Secondo questo orientamento alle ricorrenti nel procedimento principale non spetta diritto di ricorso, in quanto esse non si distinguono da altri produttori di tabacco parimenti colpiti dalla direttiva. In sintesi, anche se l'art. 230, quarto paragrafo, avesse menzionato le direttive, neppure in tal caso esso sarebbe idoneo a conferire la legittimazione ad agire alle ricorrenti.

51. L'interpretazione restrittiva della Corte è motivata tra l'altro con il ragionamento che al cittadino è aperta la via del giudice nazionale, che può a sua volta proporre questioni pregiudiziali. I diritti del cittadino ad un'effettiva tutela giurisdizionale possono essere garantiti tramite il rinvio pregiudiziale²⁷. In tal caso tuttavia è ovvio che il diritto comunitario non deve precludere

25 — Per una panoramica della giurisprudenza della Corte, v. le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs presentate per la sentenza 25 luglio 2002, causa C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores (UPA) (Racc. pag. I-6677).

26 — Sentenza 2 aprile 1998, causa C-321/95 P, Greenpeace Council e a./Commissione (Racc. pag. I-1651, punto 7), di recente confermata con sentenza 25 luglio 2002, causa C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores (UPA) (citata alla nota 25, punto 44).

27 — V., per la motivazione della Corte, in particolare sentenza 25 luglio 2002, causa C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores (UPA) (citata alla nota 25, punti 38 e segg.). In tale pronuncia la Corte dà al problema un'impostazione diametralmente opposta a quella data dalla Commissione, laddove dichiara che la concessione di una via pregiudiziale intralcia invece il sistema di ricorsi del Trattato.

24 — E in casi particolari dal Parlamento europeo, dalla Corte dei conti o dalla BCE.

anche questa via, creando così un vuoto giuridico. Questo a prescindere dalla questione se questa interpretazione restrittiva data dalla Corte all'art. 230, quarto paragrafo, renda giustizia ai diritti costituzionali del cittadino ad avere accesso alla giustizia. Seri dubbi in proposito sono stati espressi dall'avvocato generale Jacobs, nelle sue conclusioni per la causa UPA²⁸, e a mio avviso giustamente.

ricorso dinanzi al giudice nazionale presentato da un interessato che su tale legittimità abbia un dubbio fondato. Ritengo sia contrario al principio della certezza del diritto interpretare il diritto comunitario in modo tale che un interessato debba aspettare la scadenza del termine di trasposizione prima che questa via giuridica gli venga concessa.

52. In secondo luogo, a mio giudizio rileva anche il principio della certezza del diritto. In un ordinamento giuridico funzionante un interessato deve avere la maggior sicurezza possibile in merito ai diritti e agli obblighi per lui vigenti. Ciò è tanto più vero nel caso di diritti ed obblighi che possono incidere notevolmente sull'attività aziendale dell'interessato. Non mi sembra importante a questo proposito che si tratti di diritti ed obblighi non ancora vigenti in un dato momento, ma di cui è certo che entreranno in vigore a breve termine.

54. In terzo luogo, nella presente causa l'irricevibilità potrebbe causare dei danni agli interessati, in quanto questi devono adottare già adesso misure per adeguare la loro produzione, mentre successivamente potrebbe risultare l'illegittimità della direttiva. L'interessato cercherà allora di farsi risarcire il danno subito dallo Stato membro che ha adottato la legislazione di recepimento, oppure direttamente dalla Comunità europea. L'art. 288, secondo paragrafo, CE, gli offre questa possibilità.

53. È indubbio che, in virtù del Trattato CE, in un procedimento pregiudiziale può essere sottoposta al giudizio della Corte la legittimità di una direttiva a seguito di un

55. Secondo una giurisprudenza costante, la Corte pone delle condizioni rigorose per il riconoscimento di un risarcimento del danno a causa dell'illegittimità di una normativa. Non approfondisco in questa sede la questione relativa alla probabilità di successo di un'azione di risarcimento del danno nei confronti della Comunità europea. Ciò non mi sembra però escluso, certamente non se l'illegittimità derivasse dal fatto che il legislatore comunitario ha adottato un provvedimento per cui il Trattato CE non gli attribuiva il potere, a causa della mancanza di un fondamento giuridico.

28 — V. nota 25. Nella sentenza 3 maggio 2002, causa T-177/01, Jégo-Quéré (Racc. pag. II-2365), il Tribunale di primo grado ha già dato una volta un'interpretazione più estensiva.

56. Rileva maggiormente che l'irricevibilità, seguita da una successiva dichiarazione di illegittimità della direttiva in un nuovo procedimento, causerebbe un danno agli interessati che non è loro imputabile. Infatti, la questione se siano adottate le misure necessarie per soddisfare le condizioni poste dalla direttiva — prima che la legittimità sia confermata — non poggia infatti su una scelta aziendale, ma su un obbligo legale.

57. Un sistema di tutela giuridica deve essere strutturato in modo tale da offrire strumenti per prevenire il più possibile l'insorgere di un danno, o almeno per limitarne la portata. In altre parole, non sarebbe giusto interpretare le disposizioni del Trattato che garantiscono l'accesso al giudice in modo tale da escludere la possibilità di limitazione del danno da parte dei privati.

V — Fattori collegati al contesto

A — *In generale*

58. La presente causa non è isolata. La sua valutazione dipende in misura considerevole anche dal contesto in cui si inserisce. In primo luogo c'è il contesto effettivo in cui hanno luogo la produzione, il commercio e il consumo dei prodotti del tabacco, che

rappresentava il fondamento dell'adozione della direttiva. Anche il procedimento di adozione viene discusso qui di seguito come secondo punto. Il terzo punto che mi sembra rilevante riguarda le modifiche sostanziali che derivano dalla direttiva. La composizione e l'etichettatura dei prodotti del tabacco sono infatti già da tempo oggetto di intervento del legislatore comunitario.

B — *Gli antecedenti di fatto*

59. In questo procedimento la Corte riceve molte informazioni sui rischi derivanti dall'uso del tabacco, tra l'altro in forma di voluminosi rapporti medico-scientifici e di fotografie di vittime. Non ritengo sia compito della Corte formulare un giudizio approfondito sulle precise conseguenze del fumo. In questa sede è sufficiente stabilire che la gravità di tali conseguenze non è più sostanzialmente negata e che le opinioni correnti sull'uso del tabacco sono fortemente cambiate. Entrambi questi sviluppi sono causati tra l'altro dall'aumento della conoscenza scientifica sulle conseguenze nocive del fumo. Ciononostante si fuma ancora molto, soprattutto tra i giovani²⁹.

29 — La comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo 18 dicembre 1996, sul ruolo attuale e di prospettiva della Comunità nel combattere il consumo di tabacco (COM/96/0609 Def.) si basa sul riscontro che — nel 1996 — ancora più del 40% della popolazione adulta dell'Unione europea fumava.

60. Sia a livello dell'Unione europea, sia in molti Stati membri, la politica riposa attualmente su un duplice fondamento. Il primo contempla misure rivolte a scoraggiare quanto possibile il fumo, con un'attenzione particolare per i giovani, mentre il secondo riguarda provvedimenti atti a limitare il più possibile le conseguenze nocive del fumo. L'obbligo di etichettatura contenuto nella direttiva costituisce un esempio della politica del primo fondamento, mentre quello relativo alla composizione è espressione del secondo fondamento. La Commissione fa inoltre presente che un provvedimento più radicale — un divieto assoluto per i prodotti del tabacco — seppure forse giustificato dai rischi inerenti al fumo, non è attuabile per considerazioni pratiche e per ragioni fiscali e politiche.

61. Ciò mi induce a parlare del mercato per i prodotti del tabacco, ed in particolare delle sigarette. Questo mercato è diventato sempre più transfrontaliero³⁰. Le preferenze locali hanno un ruolo sempre più limitato; un numero ridotto di grande marche di sigarette dominano il mercato. E ancora maggiore è la concentrazione da

parte dell'industria del tabacco³¹: i grossi operatori sul mercato spesso commercializzano più marche. Il carattere transfrontaliero del mercato delle sigarette non significa che si sia sviluppato un unico mercato con un «level playing field». Al contrario, il mercato è disciplinato in gran misura dalle autorità nazionali: anche a causa delle imposte nazionali sui consumi le differenze di prezzo sono considerevoli, e molto diverse sono anche le norme per la pubblicità.

62. Le forti differenze di prezzo hanno reso questo mercato molto sensibile al commercio illegale e al contrabbando. In un rapporto del 1999 della Banca mondiale³² si stima che il 30% delle sigarette esportate internazionalmente, ossia circa 3,5 miliardi di sigarette, va perso nel contrabbando.

63. Anche nel commercio tra gli Stati membri dell'Unione europea e i paesi terzi il commercio illegale e il contrabbando costituiscono un'attività sostanziale, il che non è contestato nel presente procedimento. Esistono però differenze di valutazione sulle dimensioni di questo contrabbando

30 — Dalle cifre di Eurostat del 1999 risulta che gli scambi commerciali tra gli Stati all'interno dell'Unione sono di portata notevole (valore dell'esportazione all'interno dell'Unione: 3 626 419 070 Ecu), in confronto al valore totale delle sigarette vendute nell'Unione europea, pari a 14 275 426 293 Ecu. Anche l'esportazione dall'Unione europea verso paesi terzi rappresenta un importo relativamente alto, pari a 1 667 025 670 Ecu. L'importazione verso l'Unione europea da paesi terzi ha invece dimensioni notevolmente più ridotte (10 627 240 Ecu). V. cp 16va, Annual value data (NACE 16: Manufacture of tobacco products), Eurostat, 1999.

31 — Dalle cifre di Eurostat risulta anche che nel 2000 46 unità di produzione erano stabilite nell'Unione europea. Di queste 4 erano in Belgio, 7 in Germania, 6 in Grecia, 6 in Spagna, 3 in Irlanda, 1 in Lussemburgo, 4 in Olanda, 3 in Portogallo e 4 nel Regno Unito.

32 — Curbing the epidemic, Governments and the Economics of Tobacco Control, Washington D.C. 1999, pag. 63.

per le sigarette prodotte nell'Unione europea che entrano poi illegalmente sul mercato europeo (a volte dopo essere state esportate e reimportate), oppure per le sigarette provenienti da paesi terzi.

64. Il governo lussemburghese, ad esempio, sostiene che il 97% delle sigarette clandestinamente importate nell'Unione europea proviene da paesi terzi, mentre il governo tedesco menziona la stessa percentuale a proposito dell'importazione clandestina in Germania e le ricorrenti nel procedimento principale affermano che l'85% delle sigarette illegalmente presenti nell'Unione europea proviene da paesi terzi. La Commissione sostiene invece che delle sigarette illegali circolanti nell'Unione europea la percentuale prodotta in Europa è molto superiore al 15%.

65. Il contrabbando di sigarette è per tutti gli Stati membri e per molti paesi terzi un problema che causa perdite considerevoli per il bilancio comunitario e per quelli nazionali, secondo il più recente rapporto dell'OLAF³³. Gli operatori illegali nel settore delle sigarette agiscono a livello mondiale e dispongono di notevoli mezzi e di un'infrastruttura molto avanzata. La frode con le sigarette avviene nella pratica con le stesse modalità: si tratta per lo più di false dichiarazioni, di elusione delle norme

e di contrabbando puro. Se in uno Stato membro o in un paese terzo i controlli sulla provenienza delle sigarette diventano più severi, gli operatori illegali spostano le loro attività in un altro Stato membro o in un altro paese terzo. Considerati gli enormi profitti realizzabili, questi operatori sono ben disposti a tenere in deposito le sigarette per molto tempo o a spostarle, nella speranza che si allenti l'attenzione dei servizi di sicurezza, prima di importarle illegalmente nella Comunità³⁴. Dal rapporto risulta anche che nel contrabbando di sigarette queste vengono immagazzinate nell'Unione europea prima di essere esportate in paesi terzi (o che si dichiara che vengono esportate).

66. Nel presente procedimento si deve prendere in considerazione anche l'interesse economico del settore del tabacco nell'Unione europea, che riguarda soprattutto la coltivazione del tabacco — soprattutto in alcuni degli Stati membri meridionali — e la sua lavorazione industriale. La direttiva può avere ripercussioni negative su questo settore. Secondo le ricorrenti l'applicabilità della direttiva all'esportazione determina una perdita tra i 1 800 e i 3 000 posti di lavoro, già soltanto all'interno delle loro aziende.

33 — Rapporto dell'Ufficio europeo per la lotta alla frode, Relazione delle attività per il periodo 1° giugno 2000 - 31 maggio 2001, pagg. 26-27.

34 — Dal rapporto annuale del 1998 emerge che Andorra dal 1996 è il paese più importante per il contrabbando di sigarette verso l'Unione europea. V. «Protecting the Communities' financial interests and the fight against fraud», Annual Report 1998, pag. 19.

C — *La genesi della direttiva*

67. La direttiva ha una lunga storia. Le principali misure da essa introdotte (gli artt. 3-7) vengono già menzionate come opzioni nella comunicazione della Commissione 18 dicembre 1996³⁵, in cui si proponeva una serie di provvedimenti per intensificare la prevenzione del fumo nella Comunità.

68. Questa comunicazione trova un seguito tra l'altro in una risoluzione del Parlamento³⁶, in cui questo auspica l'introduzione in tutta l'Unione di controlli rigorosi sullo sviluppo del tenore di nicotina riportato sulla confezione. Il Parlamento chiede alla Commissione anche di valutare l'efficacia delle avvertenze riportate sul pacchetto. Esso esprime poi la sua disapprovazione per il fatto che l'Europa esporta verso paesi terzi tabacco di qualità inferiore, che non soddisfa i requisiti europei, contribuendo in tal modo al peggioramento della situazione della salute pubblica in alcuni paesi dove essa già non è molto rosea.

69. Ricollegandosi alle osservazioni del Parlamento europeo e del Consiglio, la Commissione ha presentato nell'ottobre

1999 un rapporto³⁷ sul follow-up della sua comunicazione del 1996. Il rapporto contiene un'analisi della politica e della prassi degli Stati membri relativamente ad una serie di misure per combattere l'uso del tabacco.

70. Nelle sue conclusioni sulla lotta al consumo del tabacco³⁸ il Consiglio sottolinea la necessità di sviluppare una strategia generale contenente un sistema efficace per vigilare sul consumo del tabacco, sulla politica del tabacco e sui suoi effetti nell'intera Comunità, nonché sull'attuazione della legislazione comunitaria. Alcune delle misure proposte nelle conclusioni sono elaborate in una recente proposta della Commissione³⁹ sulla lotta al consumo del tabacco. In particolare essa contiene alcune iniziative per la protezione dei minorenni, tra cui norme riguardanti le condizioni di vendita, la vendita elettronica e gli apparecchi automatici.

71. L'intervento della Comunità europea nella lotta contro il fumo risale a molti anni prima. Già nel giugno 1985 il Consiglio europeo di Milano ha fatto presente l'im-

35 — V. nota 29.

36 — Risoluzione sulla comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul ruolo attuale e di prospettiva della Comunità nel combattere il consumo di tabacco (GU 1998 C 14, pag. 197).

37 — Relazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni — Progressi conseguiti nella protezione della sanità pubblica contro gli effetti nocivi del consumo del tabacco, COM (1999) 407 def.

38 — Conclusioni del Consiglio 18 novembre 1999 sulla lotta al consumo di tabacco (GU 2000, C 86, pag. 4).

39 — Proposta di raccomandazione del Consiglio sulla prevenzione del fumo e su iniziative per rafforzare la lotta contro il tabagismo, COM (2002) 303 def.

portanza di avviare un programma di azione europeo per la lotta contro il cancro. Questo programma ha visto la luce il 7 luglio 1986⁴⁰ ed il suo obiettivo era quello di dare un contributo al miglioramento della salute e della qualità della vita dei cittadini della CE facendo diminuire il numero dei casi di cancro. Questo programma di azione sottolineava la priorità da accordare alla lotta contro il fumo. Per dare esecuzione a questo programma sono state adottate le prime direttive di armonizzazione relative al consumo del tabacco.

72. La genesi della direttiva va vista anche alla luce degli sviluppi in ambito internazionale. Alcuni paesi occidentali al di fuori dell'Unione europea negli ultimi anni hanno notevolmente inasprito la loro legislazione. Nel presente procedimento viene spesso citato come esempio il Canada, dove le avvertenze sulla salute sono molto più severe di quelle proposte dalla direttiva.

73. Anche nell'ambito dell'Organizzazione mondiale della Sanità si discute su una convenzione quadro per la riduzione del fumo⁴¹; alle trattative partecipano sia la Commissione sia gli Stati membri. Dai

verbali delle riunioni⁴² emerge che l'industria del tabacco è tenuta al corrente delle trattative per la convenzione quadro e che essa può far sentire la propria voce.

74. In sintesi, le limitazioni imposte dalla direttiva alla composizione, all'etichettatura e alla denominazione dei prodotti del tabacco non sono campate in aria, ma hanno alle spalle una lunga storia, in cui l'industria del tabacco è stata direttamente coinvolta. Ciò significa che i produttori di tabacco nell'Unione europea — e anche gli importatori — hanno avuto modo di adottare tempestivamente i provvedimenti necessari per limitare i possibili danni causati loro dalla direttiva.

D — I cambiamenti sostanziali determinati dalla direttiva

75. Il commercio di prodotti del tabacco è già soggetto a disposizioni comunitarie vertenti sui rischi per la salute causati dal fumo. Queste si trovano nelle seguenti direttive:

— direttiva del Consiglio 13 novembre 1989, 89/622/CEE, concernente il rav-

40 — GU C 184, pag. 19.

41 — V. per un'ampia documentazione il sito internet della WHO, www.who.int.

42 — Si trova sul sito internet della WHO.

vicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri riguardanti l'etichettatura dei prodotti del tabacco (in prosieguo: la «direttiva 89/622»)⁴³;

— direttiva del Consiglio 17 maggio 1990, 90/239/CEE, concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri riguardanti il tenore massimo di catrame delle sigarette;

— la direttiva «televisione senza confini»⁴⁴ vieta la pubblicità televisiva per i prodotti del tabacco.

Era in vigore inoltre la direttiva 98/43, relativa alla pubblicità e alla sponsorizzazione per i prodotti del tabacco, di cui, come detto, la Corte ha dichiarato la nullità.

76. Questa legislazione comunitaria esistente viene inasprita dalla direttiva in questione. Ciò vale sia per le norme relative all'etichettatura — le avvertenze per il fumatore diventano molto più severe —

sia per i requisiti di composizione. Oltre ad una riduzione del tenore massimo di catrame, vengono introdotti anche tenori massimi per la nicotina e per il monossido di carbonio. Inoltre — e questo è un elemento del tutto nuovo per la legislazione — i tenori massimi si applicano adesso anche alle sigarette prodotte nella Comunità per l'esportazione in paesi terzi.

77. La direttiva prevede inoltre altri due obblighi che vanno considerati come nuovi. L'art. 6 prevede la pubblicazione della composizione del prodotto, tramite un intervento delle autorità degli Stati membri, mentre l'art. 7 vieta l'uso di determinate indicazioni idonee a creare determinate suggestioni, come «mild», «light» o «ultra-light». Questo divieto vale anche se siffatte indicazioni sono state registrate come marchi o parte di marchi.

VI — Valutazione della prima questione: il fondamento giuridico scelto

A — Introduzione e impostazione

78. La prima questione sollevata dal giudice del rinvio è al centro del presente

43 — GU L 359, pag. 1. Questa direttiva è stata radicalmente modificata con la direttiva 92/41/CEE (GU L 158, pag. 30).

44 — Direttiva del Consiglio 3 ottobre 1989, 89/552/CEE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive (GU L 298, pag. 23), successivamente modificata dalla direttiva 97/36/CE.

procedimento. In essa il giudice menziona una serie di elementi che potrebbero far nascere dei dubbi sulla legittimità della direttiva.

79. I governi di Regno Unito, Belgio, Finlandia, Francia, Irlanda, Italia, Paesi Bassi e Svezia e il Parlamento, il Consiglio e la Commissione ritengono che la direttiva sia legittima. Le ricorrenti nel giudizio principale e i governi di Grecia e Lussemburgo sostengono invece che essa sia interamente illegittima. Le ricorrenti affermano che la direttiva non mira a migliorare le condizioni per l'instaurazione e il funzionamento del mercato comune né ha l'obiettivo, nei limiti in cui l'art. 133 CE è utilizzato come fondamento giuridico, di introdurre una politica commerciale comunitaria. Il governo lussemburghese ritiene che la direttiva avrebbe come unico obiettivo la tutela della salute pubblica, e che perciò non sarebbe permessa l'armonizzazione. Il governo greco mette in dubbio la legittimità della direttiva per quanto riguarda le sigarette da esportare. A giudizio della Japan Tobacco, l'art. 7 della direttiva è illegittimo. Prescindendo dalla legittimità delle altre disposizioni della direttiva, il governo tedesco ritiene che l'art. 3, primo e secondo paragrafo, non sia valido in quanto vieta la fabbricazione di sigarette destinate all'esportazione.

80. Per quanto riguarda la prima questione comincio con l'approfondire il fondamento giuridico, problema su cui vertono i punti

a) e b). Hanno il potere il Parlamento europeo ed il Consiglio di armonizzare i requisiti di composizione con le modalità previste dalla direttiva? La questione se la direttiva, per quanto riguarda il suo contenuto, violi principi generali di diritto viene discussa alla sezione VII di queste conclusioni.

81. Con questa impostazione seguo l'ordine logico delle questioni poste dal giudice del rinvio. Una parte importante del procedimento riguarda la legittimità dei diversi obblighi previsti dagli artt. 3-7 della direttiva, e non tanto la direttiva nel suo insieme. L'impostazione prescelta comporta che taluni di questi obblighi vengono discussi in più di un punto. Sostanzialmente tuttavia distinguo i requisiti di composizione (art. 3 e in relazione ad esso art. 4 della direttiva), per cui è in discussione la base giuridica prescelta e di conseguenza anche, tra l'altro, la proporzionalità, e gli obblighi di etichettatura e di informazione (gli artt. 5-7), per cui la discussione è imperniata sulla proporzionalità e sul diritto di proprietà.

82. Proseguendo su questa linea desidero apportare un'ulteriore limitazione. Ritengo infatti che la Corte non debba pronunciarsi separatamente sugli artt. 4 e 6 della direttiva.

83. Per quanto riguarda l'art. 4: la fissazione di metodi di misurazione è una conseguenza necessaria del requisito di composizione di cui all'art. 3. Se non si stabilisce nulla sui metodi di misurazione, non ha alcun senso fissare tenori massimi per il catrame, la nicotina e il monossido di carbonio nelle sigarette. Ciò rimane fermo anche se l'art. 4, n. 3, lascia agli Stati membri un margine di discrezionalità per la prescrizione di misurazioni per altre sostanze. Diversamente da quanto sembra derivare dalle motivazioni addotte dalle ricorrenti, l'art. 4, n. 3, non forma una restrizione autonoma. Il suo disposto non fa che confermare il margine di discrezionalità concesso agli Stati membri in un settore non armonizzato dalla direttiva.

B — *Un'osservazione preliminare sul fondamento giuridico*

85. Come affermato, la direttiva si basa sia sull'art. 95 CE sia sull'art. 133 CE. A questi due fondamenti giuridici non può essere attribuita pari rilevanza. Il punto di partenza del legislatore comunitario era l'art. 95 CE. Dato che egli non era sicuro che l'art. 95 CE fosse un fondamento giuridico adeguato anche per la disciplina delle sigarette da esportare dall'Unione europea, per quest'unico specifico aspetto è stato aggiunto come base giuridica l'art. 133 CE.

84. Diversa è la ragione per non esaminare separatamente l'art. 6 della direttiva. Nel procedimento non sono state dedotte censure specifiche contro l'art. 6. L'argomento delle ricorrenti secondo cui questo articolo non perseguirebbe un obiettivo relativo al mercato interno, ma mirerebbe invece alla tutela della salute pubblica⁴⁵, viene discusso esaurientemente alla sezione VI C, separatamente dal disposto dell'art. 6 della direttiva.

86. La motivazione fornita dal legislatore per l'applicabilità della direttiva all'esportazione si trova nell'undicesimo 'considerando', di cui solo l'ultima frase forma una base idonea a giustificare una normativa. Quest'ultima frase rinvia infatti al desiderio di prevenire l'elusione delle disposizioni del mercato interno. In udienza il Consiglio e il Parlamento hanno fornito una motivazione. I due colegislatori sostengono che l'applicabilità all'esportazione persegue due obiettivi, inscindibilmente legati tra loro. Il primo obiettivo, che giustifica l'uso dell'art. 95 come base giuridica, riguarda l'opportunità di combattere il commercio illegale per proteggere il mercato interno. Il secondo obiettivo riguarda l'esportazione vera e propria della sigarette; il fondamento giuridico è l'art. 133 CE. Parto dal presupposto che solo il primo obiettivo trovi il suo fondamento nel preambolo.

⁴⁵ — Le ricorrenti rinviano anche al 22esimo 'considerando', che menziona come obiettivo la trasparenza.

87. Nell'esaminare la correttezza del fondamento giuridico prescelto, la Corte deve tenere conto della disparità tra i due fondamenti giuridici, e della motivazione scelta dal legislatore comunitario. Occorre innanzitutto esaminare se la direttiva nel suo complesso possa essere fondata sull'art. 95 CE. Due sono le questioni sostanziali a questo proposito:

scindendo dalla questione se il legislatore comunitario abbia bisogno dell'art. 133 CE come fondamento giuridico sussidiario, è pacifico che egli abbia usato questo articolo come tale.

88. La verifica dell'uso dell'art. 133 come fondamento giuridico comprende le seguenti questioni:

— può una disciplina volta (anche) alla tutela della salute pubblica essere fondata sull'art. 95 CE?

— è ammissibile nella fattispecie un fondamento giuridico doppio, per cui l'art. 133 serve ad integrare l'art. 95 CE?

— può una disciplina basata sull'art. 95 CE riguardare anche la manifattura di prodotti destinati all'esportazione in paesi terzi?

— può l'art. 133 servire qui da base legale per norme relative alla manifattura di prodotti destinati all'esportazione in paesi terzi? A questo riguardo la Corte deve in ogni caso esaminare il contenuto dell'undicesimo 'considerando'.

Una risposta negativa alla prima domanda determina l'illegittimità della direttiva, mentre non è detto che valga la stessa cosa in caso di risposta negativa alla seconda domanda. Si pone poi la questione successiva, ossia se l'art. 133 possa fungere da base legale sussidiaria per l'esportazione verso i paesi terzi. Anche in caso di risposta positiva alla seconda questione, la Corte dovrà pronunciarsi sull'art. 133 CE. Pre-

— qual è la conseguenza giuridica di un eventuale uso errato dell'art. 133, posto che l'art. 95 CE possa fornire la base giuridica all'intera direttiva?

C — *L'art. 95 e la tutela della salute pubblica*

una misura dissimulata che riguarda la salute pubblica e prende le mosse dalle stesse idee che hanno ispirato la bozza di convenzione quadro dell'Organizzazione mondiale della Sanità sul controllo del tabacco, a cui fa riferimento il 13° 'considerando' della direttiva.

1. Argomenti addotti

89. Le ricorrenti sostengono che il legislatore comunitario non è competente ad emanare misure di armonizzazione nel settore della salute pubblica. L'art. 152, n. 1, CE stabilisce che nella fissazione e nell'attuazione di ogni politica e di ogni intervento della Comunità è assicurato un alto grado di protezione della salute umana. L'art. 152 spiega più in dettaglio cosa la Comunità possa fare nel campo della salute pubblica, in concorso con l'intervento degli Stati membri ed a sua integrazione. L'art. 152, n. 4, lett. c), esclude provvedimenti di armonizzazione. Il governo lussemburghese condivide questa tesi delle ricorrenti.

90. Il fondamento giuridico dell'art. 95 CE a giudizio delle ricorrenti può essere usato soltanto allo scopo di migliorare l'instaurazione e il funzionamento del mercato comune. Esse considerano gli obiettivi menzionati all'art. 95 CE come uno strumento per promuovere il commercio e non per porvi restrizioni. Esse ricordano che la direttiva 98/43 è stata annullata, nonostante nei suoi 'considerando' facesse riferimento a considerazioni relative al mercato comune. In sostanza le ricorrenti affermano che la direttiva in questione è

91. L'attuazione del mercato comune secondo le ricorrenti non può affatto fungere da argomento per giustificare i requisiti posti dalla direttiva al catrame. Infatti la direttiva 90/239 ha completamente armonizzato le norme sul tenore massimo del catrame. Gli ostacoli al commercio sono stati eliminati, e viene così a mancare il potere necessario per ridurre ulteriormente i detti tenori massimi di catrame per motivi di mercato interno. Le ricorrenti aggiungono inoltre che, anche se il legislatore comunitario avesse la facoltà di stabilire nuove regole relative ai tenori di catrame per motivi di salute pubblica, siffatte nuove regole dovrebbero almeno basarsi su nuovi riscontri scientifici.

92. Anche in merito ai tenori massimi di nicotina e di monossido di carbonio a giudizio delle ricorrenti non esisterebbe il potere di legiferare, in quanto non esiste alcun rischio concreto di ostacoli al commercio in conseguenza di misure adottate unilateralmente dagli Stati membri. Si

aggiunga che il nono 'considerando', che fa riferimento a differenze nei tenori massimi di nicotina previsti dalla legge, è sostanzialmente errato.

93. Questa argomentazione delle ricorrenti sulla competenza del legislatore comunitario ad adottare misure di armonizzazione in virtù dell'art. 95 CE in relazione alla tutela della salute pubblica non è sostenuta da nessuno dei molti altri intervenienti nel presente procedimento. Quasi tutti si trovano d'accordo nel respingerla. Ciò vale sia per gli argomenti relativi alla competenza in generale, sia per quelli che riguardano in special modo la direttiva. Sulla questione invece di quale sia l'obiettivo principale della direttiva, se esso sia l'instaurazione del mercato comune, o la tutela della salute pubblica, o, come suggerito dal governo irlandese in udienza, entrambi questi obiettivi, le opinioni sono discordanti.

2. Giurisprudenza

94. Nella sentenza Paesi Bassi/Parlamento europeo e Consiglio (in prosieguo: la «sentenza sulla biotecnologia»)⁴⁶ la Corte dà un'interpretazione estensiva della possibi-

lità di usare come base giuridica l'art. 95, nel caso in cui una normativa non miri soltanto ad eliminare ostacoli per il mercato comune. Cito: «È in funzione dell'oggetto principale di un atto che occorre determinare la base giuridica sul cui fondamento esso deve essere adottato. Anche se è pacifico, a tal proposito, che la direttiva persegue l'obiettivo di favorire la ricerca e lo sviluppo nell'ambito dell'ingegneria genetica nella Comunità europea, il modo con cui essa contribuisce a ciò consiste nel rimuovere gli ostacoli di ordine giuridico posti, nel mercato interno, dalle divergenze legislative e giurisprudenziali tra Stati membri che ostacolano e sbilanciano le attività di ricerca e di sviluppo in quest'ambito. Il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri non costituisce pertanto uno scopo incidente o ausiliario della direttiva, bensì corrisponde alla sua stessa essenza. Alla luce di ciò, il fatto che essa persegua anche uno scopo rilevante ai fini degli artt. 130 e 130 F del Trattato⁴⁷ non è tale da rendere inadeguato il ricorso all'art. 100 A⁴⁸ del Trattato quale base giuridica della direttiva».

95. Qualora l'obiettivo di una normativa riguardi la tutela della salute pubblica, il potere del legislatore comunitario di stabilire norme in forza dell'art. 95 CE è almeno altrettanto ampio. Esso non è tuttavia illimitato, come emerge dalla sentenza Pubblicità tabacco. I provvedimenti, se

46 — Sentenza 9 ottobre 2001, causa C-377/98, Paesi Bassi/Parlamento e Consiglio (Racc. pag. I-7079, punti 27 e 28).

47 — Attualmente divenuti artt. 157 e 163 CE.

48 — Attualmente divenuto art. 95 CE.

non devono necessariamente avere lo scopo di rimuovere gli ostacoli alla libera circolazione, devono in ogni caso dare un contributo effettivo alla rimozione di tali ostacoli. Può trattarsi di ostacoli futuri, il cui insorgere deve tuttavia essere probabile.

96. Sembra pertanto che la Corte attribuisca maggiore importanza al contenuto (l'oggetto) della normativa che non all'obiettivo perseguito dal legislatore. In via illustrativa cito in merito la relativizzazione della distinzione tra scopo e oggetto formulata dall'avvocato generale Tesouro nelle conclusioni presentate per la sentenza sul biossido di titanio⁴⁹. Egli attribuisce alla divergenza in ultima analisi un valore puramente terminologico. Infatti, nell'individuazione dell'oggetto si tiene conto anche delle finalità della normativa e, d'altro lato, l'obiettivo di una normativa non può essere rilevato che in funzione del suo contenuto e dei suoi effetti, proprio per evitare il rischio (e l'accusa) che la sua analisi sia fondata su un criterio soggettivo (ovvero la convinzione di un'istituzione in ordine alle finalità dell'atto).

3. Valutazione in generale

97. Molte delle osservazioni presentate riguardano l'obiettivo principale della

direttiva. Ci si chiede se esso vada cercato nel campo del mercato comune o se la direttiva miri piuttosto a tutelare la salute pubblica. Ad un primo esame io prendo per la seconda ipotesi, certamente se si considera che la direttiva fa parte di un pacchetto di provvedimenti comunitari per la lotta al tabagismo⁵⁰. Mi sembra meno rilevante in merito il fatto che le considerazioni contenute nel preambolo rinviino ripetutamente al mercato interno: tali rinvii sono stati inclusi proprio per giustificare l'uso dell'art. 95 e non tanto in relazione al reale obiettivo della direttiva. In questa luce va considerato quanto da me di seguito affermato a proposito del fondamento giuridico offerto dall'art. 95.

98. Dalle osservazioni dedotte nel corso del procedimento dinanzi alla Corte e dalla giurisprudenza deduco che i possibili dubbi in merito al potere del legislatore comunitario di adottare una direttiva come questa sono imperniati sulla questione se il disposto dell'art. 95, in virtù del quale una normativa deve avere per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato comune, significhi anche che una normativa deve perseguire primariamente un obiettivo relativo al mercato comune. O è giusto invece quanto dedotto dal governo britannico con un rinvio alla sentenza Pubblicità tabacco, ossia che si può invocare l'art. 95 anche quando il centro di gravità di un atto non consiste nella promozione del mercato comune, ma nella tutela della salute pubblica?

49 — Conclusioni presentate per la sentenza 11 giugno 1991, causa C-300/89, Commissione/Consiglio (Racc. pag. I-2867).

50 — V. i paragrafi 67-77.

99. Per risolvere queste questioni esamino in senso lato la competenza conferita al legislatore comunitario dall'art. 95 CE.

100. Essenzialmente il problema è questo: se si presenta un (potenziale) ostacolo per il commercio, la Comunità deve poter intervenire. E questo intervento deve consistere, come deduco dalla sentenza sulla biotecnologia⁵¹, nella rimozione di questi ostacoli. L'art. 95 conferisce una siffatta competenza. Non rileva in merito che la rimozione dell'ostacolo al commercio sia anche il motivo principale dell'intervento del legislatore. Né l'esistenza nel Trattato di competenze specifiche che permettono al legislatore comunitario di intervenire in settori specifici, come nel campo della sanità l'art. 152 CE, può cambiare qualcosa.

101. Siffatta competenza non è tuttavia illimitata. Anche qualora sia pacifico che un provvedimento riguarda un ostacolo al commercio, il giudice, in una fattispecie concreta, può verificare se il legislatore comunitario abbia utilizzato il potere conferitogli conformemente al diritto comunitario. Questa verifica riguarda comunque la questione di quanto la normativa persegua effettivamente un interesse pubblico riconosciuto dal diritto comunitario. Il giudice esamina quindi se l'intervento del legislatore in un caso concreto sia veramente

idoneo a contribuire alla rimozione dell'ostacolo al commercio. Si possono esaminare anche un eventuale abuso del potere attribuito dal Trattato o gli altri principi generali di diritto menzionati dal giudice del rinvio nelle questioni da lui presentate. I principi generali sono trattati più avanti nelle presenti conclusioni⁵².

4. Valutazione sulla sostanza della competenza

102. Approfondisco questi presupposti, cominciando dall'essenza della competenza conferita dall'art. 95 CE.

103. L'art. 95 CE non crea un potere generale per il legislatore comunitario in materia di ravvicinamento delle disposizioni nazionali. Esso prevede soltanto la competenza ad adottare provvedimenti di armonizzazione relativi all'instaurazione del mercato interno⁵³. Il mercato interno si instaura, come dispone l'art. 3, primo paragrafo, lett. c), CE, con l'eliminazione tra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei

52 — V. i paragrafi 223 e segg.

53 — L'art. 95 CE menziona inoltre il funzionamento del mercato interno. Approfondisco questo elemento dell'art. 95 CE più avanti (a partire dal paragrafo 133) in relazione alla competenza di legiferare anche riguardo alla produzione di sigarette in virtù di tale articolo.

51 — Citata alla nota 46.

servizi e dei capitali. Ai fini dell'eliminazione dei questi ostacoli il Trattato prevede due strumenti, complementari tra loro. Limitandomi alla libera circolazione delle merci, il primo strumento è il divieto di restrizioni quantitative all'importazione e all'esportazione e di misure di effetto equivalente — comprese le eccezioni ammesse dall'art. 30 CE e dalla giurisprudenza — divieto sancito dagli artt. 28 CE e 29 CE. Il secondo strumento consiste nella facoltà del legislatore comunitario di abolire gli ostacoli che continuano ad esistere — o i nuovi ostacoli che insorgono — per effetto dell'uso da parte del legislatore nazionale di una delle eccezioni al divieto di cui agli artt. 28 CE e 29 CE. Disposizioni legislative nazionali a tutela di determinati interessi pubblici riconosciuti, come la salute pubblica, rappresentano per definizione fonti di ostacoli al commercio.

104. Secondo la giurisprudenza della Corte, la relativa facoltà del legislatore comunitario nasce non appena si presentano ostacoli effettivi, o se non altro appena l'insorgere di ostacoli futuri appare probabile.

105. Se consideriamo in particolare la presente causa, un provvedimento nazionale che imponga restrizioni alla composizione e alla presentazione dei prodotti del

tabacco costituisce come tale una restrizione quantitativa all'esportazione ai sensi dell'art. 29 CE. L'art. 30 CE offre tuttavia un motivo di giustificazione per un siffatto atto nazionale, qualora questo miri a tutelare la salute pubblica. Secondo la giurisprudenza della Corte il provvedimento nazionale deve inoltre soddisfare alcuni requisiti secondari, tra l'altro per quanto riguarda la proporzionalità. Nel caso di specie, in cui si mira a combattere il fumo, un siffatto provvedimento nazionale sarà facilmente accettabile.

106. Se si presuppone che un provvedimento nazionale come indicato al paragrafo precedente sia giustificato in virtù dell'art. 30 CE, si è già in presenza di una restrizione al commercio. Al fine di eliminare questa restrizione il legislatore comunitario ha il potere di emanare atti sostituendosi al legislatore nazionale ai fini della tutela dell'interesse pubblico (nel caso di specie la sanità). In altre parole, la realizzazione del mercato interno può comportare che un determinato interesse pubblico — nel nostro caso la sanità — venga tutelato a livello di Unione europea. Ciò non basta tuttavia a fare del mercato interno l'obiettivo principale perseguito da una direttiva. La realizzazione del mercato comune determina soltanto il livello a cui viene tutelato un altro interesse pubblico.

107. Una siffatta competenza del legislatore comunitario è indispensabile per l'in-

tegrazione a livello comunitario. Rinvio in merito all'art. 2 UE, in cui l'instaurazione di uno spazio senza confini interni è formulata come uno degli obiettivi principali dell'Unione europea, e all'art. 2 CE, in virtù del quale viene instaurato il mercato comune. In uno spazio senza confini interni o in un mercato comune il commercio tra gli Stati membri non deve essere soggetto a condizioni restrittive. Se il legislatore comunitario non avesse il potere di intervenire in una simile eventualità, mancherebbe un importante strumento per abolire dette condizioni. Mi spingo oltre: il Trattato obbliga addirittura il legislatore comunitario ad adottare i provvedimenti necessari che riguardano l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno.

108. Come ho già detto, lo scopo dell'intervento non è rilevante. A tale riguardo la competenza comunitaria è paragonabile a quella delle autorità federali negli Stati Uniti per il commercio tra gli Stati. Citando liberamente la Corte Suprema statunitense: «It makes no difference if the extraneous objective (nel nostro caso: la salute pubblica) is the principal or dominant objective of the federal measure (nel nostro caso: la direttiva CE) — so long as a legitimate objective (nel nostro caso: il mercato interno) is sufficiently served»⁵⁴. Considero il

potere del legislatore comunitario come un potere funzionale, necessario per la realizzazione del mercato interno.

109. In sintesi, per risolvere la questione se la CE sia competente ad adottare un determinato provvedimento che riguarda l'instaurazione del mercato interno, la Corte esamina se un siffatto provvedimento riguardi direttamente un ostacolo al commercio tra gli Stati. Per questo punto rinvio ai punti 84 e seguenti della sentenza *Publicità tabacco*.

110. Le ricorrenti nel procedimento principale stabiliscono un nesso con la competenza specifica della CE nel settore della sanità. In particolare, esse osservano che l'art. 152, n. 4, lett. c), esclude l'armonizzazione delle legislazioni nazionali. Se le legislazioni potessero essere ravvicinate in virtù dell'art. 95, verrebbe eluso l'art. 152, n. 4, lett. c).

111. Questa interpretazione dell'art. 152 non è accettabile. Nel corso dei lavori per il Trattato di Maastricht, in cui è stato aggiunto nel Trattato CE il titolo riguardante la sanità, si è proprio voluto conferire al legislatore comunitario un potere relativo a settori per cui esso ancora non esisteva. Si trattava in particolare di provvedimenti in materia di salute pubblica, non direttamente inerenti al funzionamento del mercato comune.

54 — Oklahoma ex rel. Phillips c. Guy Atkinson co, 313 U.S. 508, 533-34 (1941), come citata in David E. Engdahl, *Constitutional Federalism*, St. Paul, Minnesota 1987.

112. L'inclusione di questa nuova competenza nel Trattato non può ovviamente avere la conseguenza di sottrarre alla Comunità europea uno strumento legislativo preesistente tramite il quale si poteva tutelare efficacemente anche la salute pubblica. Una siffatta conseguenza non solo sarebbe inconciliabile con l'obiettivo dell'art. 152 di attribuire alla Comunità determinate competenze nel settore della salute pubblica (e non di toglierle), ma arrecherebbe danno anche al principio formulato dall'art. 152, n. 1, secondo cui tutte le politiche della Comunità devono assicurare un livello elevato di protezione della salute umana.

113. Inoltre, qualora la competenza fondata sull'art. 95 CE non potesse essere utilizzata per armonizzare le disposizioni nel settore della salute pubblica, verrebbe meno anche un importante strumento per la realizzazione del mercato interno. Come ho già affermato, sono infatti spesso proprio le misure nazionali giustificate a tutela della sanità a creare ostacoli per il commercio⁵⁵.

114. In sintesi, l'art. 152 costituisce un'integrazione delle preesistenti facoltà previste dal Trattato CE, come quella di cui

55 — V. in questo senso anche il punto 23 della sentenza sul biossido di titanio, dove la Corte fa presenti gli effetti per il mercato interno delle disposizioni nazionali dettate da considerazioni sulla sanità e sull'ambiente.

all'art. 95. L'eccezione di cui all'art. 152, n. 4, lett. c), comporta soltanto che questo articolo non può costituire il fondamento giuridico per l'armonizzazione, ma nulla dice in merito a fondamenti giuridici previsti in altri punti del Trattato. L'art. 152, n. 4, lett. c), non limita *ratione materiae* la competenza per il ravvicinamento delle disposizioni nazionali in materia di salute pubblica⁵⁶.

5. Valutazione sull'uso della competenza

115. Esamino ora l'uso della competenza da parte del legislatore comunitario.

116. In merito va premesso quanto segue. Come ho già detto, il Trattato CE impone al legislatore comunitario l'obbligo di adottare le misure necessarie ai fini dell'instaurazione e del funzionamento del mercato interno. Nell'esecuzione di tale obbligo il legislatore comunitario dispone del necessario potere discrezionale. Egli deve valutare in quali casi ritenga opportuno adottare provvedimenti comunitari di armonizzazione, verificando se lo strumento pre-

56 — Mi baso qui sul ragionamento seguito dall'avvocato generale Fennelly nelle sue conclusioni presentate per la sentenza Pubblicità tabacco, citata alla nota 3, punto 78.

scelto sia il più efficace per tutelare un determinato interesse pubblico e stabilendo il livello di tutela desiderato. La Corte non entra nel merito di queste valutazioni del legislatore, ma deve accertare che questi non abbia superato i limiti del suo potere discrezionale.

117. Il primo limite riguarda l'effetto previsto di una normativa. Secondo la giurisprudenza della Corte, un provvedimento adottato in virtù dell'art. 95 CE deve dare un contributo effettivo all'instaurazione del mercato comune⁵⁷. Più in concreto, occorre valutare se un atto sia idoneo a contribuire all'eliminazione di ostacoli al commercio esistenti o probabili. Osservo in merito che la direttiva 98/43 è stata dichiarata nulla nella sentenza Pubblicità tabacco in quanto non tutte le sue disposizioni soddisfacevano questo criterio. Secondo la Corte non tutte le disposizioni riguardavano il commercio tra gli Stati. Nel caso di specie le cose stanno diversamente: prescindendo dal divieto di produzione di cui si parla in prosieguo, tutti i provvedimenti riguardano il commercio tra gli Stati.

118. Il secondo limite riguarda l'obiettivo (principale) dell'intervento in virtù dell'art. 95 CE, nel caso di specie la tutela

della salute. Ricorrendo all'art. 95 CE, il legislatore comunitario sottrae la tutela di questo interesse pubblico alla competenza del legislatore nazionale⁵⁸. La sottrazione della protezione di un interesse pubblico, riconosciuto anche dal Trattato CE, come nel caso di specie la sanità⁵⁹, alla competenza del legislatore nazionale non può tuttavia avere come effetto un livello di protezione inferiore dell'interesse stesso in quanto il legislatore comunitario potrebbe farsi guidare solo da interessi di mercato.

119. Essenzialmente il legislatore comunitario deve compiere la stessa valutazione del legislatore nazionale a cui si sostituisce. Tale valutazione dovrà sfociare nella fissazione di condizioni di base alla libertà economica degli operatori di mercato, tenendo presente sia la libertà degli operatori stessi, sia la necessità di tutelare determinati interessi pubblici.

120. Il legislatore comunitario dispone di un ampio margine di libertà nella sua valutazione, certamente quando è in gioco la tutela della salute. Sotto questo aspetto il legislatore comunitario non si distingue pertanto dal legislatore nazionale che fa uso della discrezionalità attribuitagli dall'art. 30 CE. Una molteplicità di elementi avrà importanza infatti nella sua valutazione. La necessità di adottare prov-

58 — L'avvocato generale Fennelly parla a questo riguardo di sostituzione, al paragrafo 65 delle conclusioni presentate per la sentenza sulla pubblicità del tabacco, citata alla nota 3.

59 — V. tra l'altro gli artt. 3, lett. p), e 152 CE.

57 — V. tra l'altro il punto 23 della sentenza sul biossido di titanio, citata alla nota 49.

vedimenti di tutela non dipende soltanto dalle conoscenze scientifiche su determinati rischi per la salute, ma anche dall'apprezzamento sociale e politico di questi rischi. Lo stesso vale per la scelta del provvedimento. Il legislatore comunitario però — e queste sono le uniche condizioni di contenuto minimo derivanti dal Trattato CE — deve rispettare il principio della precauzione, basarsi su un livello di protezione elevato (art. 95, n. 3, CE), e tenere conto in ogni caso degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici.

121. Il terzo limite è costituito dai principi generali del diritto, e in particolare dal principio di proporzionalità, che esaminerò alla successiva sezione VII — A.

122. Riassumendo: il legislatore comunitario basa la sua competenza sulla realizzazione del mercato interno. Tale competenza può tuttavia essere esercitata anche perseguendo la tutela di un interesse pubblico, come nel caso di specie la sanità. Le misure adottate devono essere effettivamente idonee ad eliminare ostacoli alla libera circolazione, esistenti o potenziali. Nell'esercizio delle sue competenze il legislatore comunitario deve effettuare la medesima valutazione del legislatore nazionale che, a tutela di un interesse pubblico, vuole porre delle condizioni di base alla libertà economica degli operatori di mercato.

6. Valutazione sulla maggiore severità dei requisiti di composizione già armonizzati

123. Le ricorrenti nel procedimento principale contestano il potere del legislatore comunitario di rendere più rigorosi i requisiti di composizione già armonizzati. Secondo la loro tesi, i requisiti vigenti sono già tali da garantire un'unità del mercato e un loro inasprimento non avrebbe niente a che fare con il mercato interno. Una siffatta teoria non è in sé inesatta: infatti non esistono più rischi di difformità nelle legislazioni degli Stati membri. Una siffatta interpretazione tuttavia non trova riscontro nella giurisprudenza della Corte, né potrebbe trovarla se si considera quanto in precedenza da me affermato.

124. Dopo il ravvicinamento, la protezione dell'interesse pubblico è divenuto un compito del legislatore comunitario, in quanto il legislatore nazionale non è più competente. Il legislatore comunitario a sua volta può assolvere questo compito correttamente se è libero di adeguare la normativa a seconda dello sviluppo delle idee e delle circostanze di fatto.

In sintesi, l'esercizio del compito del legislatore comunitario non ha carattere statico, ma dinamico.

125. Anche nel Trattato si continua a tenere presente questo aspetto di dinamicità. L'art. 95, n. 3, chiede alle istituzioni di tenere conto dei nuovi riscontri scientifici⁶⁰. Diversamente da quanto sostenuto dalle ricorrenti, l'art. 95 non richiede l'esistenza di nuovi riscontri scientifici, ma si limita a stabilire che occorre tenere conto di eventuali nuovi riscontri, come ho già fatto presente al paragrafo 120.

126. Più in generale si può affermare che legiferare è un'attività dinamica. Infatti il compito del legislatore non è solo quello di stabilire delle norme, ma anche quello di adeguarle alle mutate circostanze sociali. Se non lo fa, la legislazione diventa obsoleta e non soddisfa più le esigenze che le vengono poste.

127. Nel procedimento dinanzi alla Corte è in particolare il Regno Unito a definire giustamente l'opzione per cui il legislatore comunitario potrebbe intervenire soltanto una volta come «fossilisation», o fossilizzazione. Già il semplice uso di questo termine indica che la tesi presentata dalle ricorrenti avrebbe nella prassi conseguenze assurde.

60 — Un buon esempio nel diritto comunitario derivato è offerto dalla normativa relativa alle sostanze pericolose, quale la direttiva del Consiglio 27 luglio 1976, 76/769/CEE, concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alle restrizioni in materia di immissione sul mercato e di uso di talune sostanze e preparati pericolosi (GU L 262, pag. 201). Questa normativa prevede tra l'altro una valutazione obbligatoria, periodica e sistematica, di determinate sostanze e preparati pericolosi e quindi una procedura semplificata per l'adattamento delle normative al progresso tecnico.

7. In concreto, l'attuale direttiva

128. In concreto il giudice deve limitarsi ad accertare se il legislatore comunitario abbia potuto ragionevolmente giungere alla conclusione cui è pervenuto. Per adesso escludo dal mio esame i requisiti di composizione.

129. In primo luogo ricordo il contesto in cui si pone direttiva. La lotta al tabagismo è in molti Stati membri un tema oggetto di grande interesse politico. Anche se — anche in conseguenza delle aumentate conoscenze sugli effetti dannosi del fumo — sembra esistere negli Stati membri un certo consenso al fine di assoggettare il consumo del tabacco a norme sempre più severe, questo non significa che esista un consenso su come affrontare concretamente questo problema. Ciò risulta chiaramente anche dalla diversità delle concezioni dei vari Stati membri emerse in questo procedimento dinanzi alla Corte. Esse risultano improntate ad una grande eterogeneità, a seconda del momento e del luogo. Esiste pertanto un rischio concreto di difformità delle disposizioni nazionali, tra l'altro per quanto riguarda i tenori ammessi dei componenti nocivi delle sigarette.

130. È a mio avviso evidente che va data una risposta positiva alla questione se affidare al legislatore comunitario una

valutazione degli interessi contrapposti. In primo luogo esiste un potere, in quanto la normativa riguarda il commercio di prodotti tra gli Stati. In secondo luogo, viene protetto un interesse pubblico riconosciuto dal diritto comunitario; adesso che i requisiti posti alla composizione e alla presentazione delle sigarette sono stati inaspriti, non può esistere alcun dubbio in merito all'alto livello di protezione. In terzo luogo, è plausibile che esistessero differenze tra le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative tra gli Stati membri — o se non altro che esistesse una minaccia concreta di differenze. Nel settimo 'considerando' si afferma che diversi Stati membri avevano già comunicato la loro intenzione di emanare una legislazione a livello nazionale, in mancanza di provvedimenti a livello comunitario.

131. Il settimo 'considerando' merita in ogni caso un'attenzione particolare. Esso risulta infatti basato su un questionario compilato dagli Stati membri su richiesta della Commissione. La lettura dei risultati di questa inchiesta⁶¹ non convince peraltro in merito all'esistenza di piani concreti per la legislazione nazionale. Nessuno degli Stati membri si dichiara prossimo all'ema-

nazione di una legislazione nazionale. Ciononostante non vedo motivo per dubitare del potere del legislatore comunitario in virtù dell'art. 95 CE. La situazione è la seguente:

— Dal questionario risulta che alcuni Stati membri — Francia, Italia, Paesi Bassi, Regno Unito e Svezia — manifestano esplicitamente il desiderio di inasprire i requisiti di composizione per i prodotti del tabacco. Questi paesi manifestano tuttavia una preferenza per una disciplina a livello comunitario.

— Non c'è alcun dubbio in merito alla posizione assunta da questi Stati membri. Noto è la priorità accordata a provvedimenti per combattere il tabagismo, come pure il livello dell'interesse politico e sociale per questa problematica.

Se il legislatore comunitario fosse rimasto inattivo in queste circostanze, è certamente plausibile che gli Stati membri avrebbero scelto l'alternativa per loro più allettante, ossia l'inasprimento delle norme a livello nazionale. Aggiungo una considerazione che riguarda le possibili ripercussioni di

61 — V. relazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni — Progressi conseguiti nella protezione della sanità pubblica contro gli effetti nocivi del consumo del tabacco, COM/99/407 def., pag. 22 e segg.

una tesi diversa. In tal caso, la preferenza degli Stati membri per una disciplina a livello comunitario — e pertanto la rinuncia a misure nazionali restrittive per il commercio — determinerebbe la mancanza di potere del legislatore comunitario, proprio a causa dell'assenza di misure nazionali che ostacolano il commercio.

D — *L'art. 95 e la produzione destinata all'esportazione in paesi terzi*

1. Argomenti adottati

132. Ad abundantiam osservo inoltre che, al momento dell'emanazione della direttiva, le normative di Belgio, Spagna e Portogallo prevedevano già tenori massimi per la nicotina. Le ricorrenti fanno presente anche questo, aggiungendo in merito che questa normativa nazionale in pratica non ha effetto in quanto i tenori massimi da essa previsti non possono essere superati a causa dell'interdipendenza biochimica tra tenore di catrame e tenore di nicotina. Queste norme nazionali esistenti non possono pertanto creare restrizioni commerciali. Ritengo plausibile questa tesi delle ricorrenti — che di fatto non viene contestata. La motivazione data nelle prime due frasi del nono 'considerando' non costituisce infatti da sola un fondamento adeguato per le misure di armonizzazione. Questo difetto può tuttavia rimanere senza ripercussioni nel presente procedimento, considerato che l'esistenza di potenziali ostacoli al commercio è sufficientemente presumibile.

133. La censura principale nel presente procedimento⁶² è stata dedotta contro il divieto di produzione, che ha la conseguenza che la direttiva (una sua parte) è applicabile alle sigarette destinate a paesi terzi, ed è così formulata: questo divieto non contribuisce in alcun modo ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione delle merci o ad assicurare che non vengano eluse le norme del mercato interno. Il governo greco rinvia ancora all'art. 14 CE. Il governo tedesco aggiunge che un divieto di produzione di regola è accettabile soltanto se la produzione costituisce un rischio di per sé. Nel caso di specie invece il divieto non sarebbe nell'interesse né del mercato interno, né della sanità nell'Unione europea.

134. Altre intervenienti invece danno un'interpretazione a favore del divieto di produzione, a causa del rischio, a loro avviso concreto, che le sigarette destinate a paesi terzi entrino comunque in commercio nell'Unione europea, sia attraverso la reim-

62 — Da parte delle ricorrenti e dei governi di Germania, Grecia e Lussemburgo.

portazione illegale sia perché non sono mai uscite dall'Unione stessa. Sostanzialmente, il dibattito dinanzi alla Corte riguarda in gran misura le previsioni sullo sviluppo di un commercio illegale e l'idoneità del divieto di produzione a contrastarlo.

136. A questi si oppongono gli argomenti a sostegno del divieto di produzione:

135. Se prescindendo dalle molte cifre, spesso contrastanti tra loro, dedotte nel presente procedimento e riguardanti il commercio sia legale sia illegale delle sigarette, le censure rivolte al divieto di produzione possono così sintetizzarsi:

— la misura non è idonea, in quanto la stragrande maggioranza delle sigarette illegalmente consumate nell'Unione europea proviene da paesi terzi;

— un eventuale commercio illegale di sigarette ha luogo esclusivamente per eludere le imposte sui consumi. Il commercio illegale non ha nulla a che vedere con la composizione o l'etichettatura delle sigarette;

— il commercio illegale può essere combattuto tramite controlli intensivi.

— è stato in particolare il Consiglio a sostenere che, sebbene la percentuale di sigarette commerciate illegalmente sia esigua, ciò non significa che lo sia anche la dimensione assoluta del commercio illegale;

— dal rendiconto delle attività dell'OLAF⁶³ emerge la gravità del contrabbando di sigarette;

— il rafforzamento del controllo da parte degli Stati membri non rappresenta un'alternativa appropriata, all'interno del libero spazio dell'Unione europea.

2. Impostazione

137. Si discute la questione se il legislatore comunitario nel caso di specie sia competente, in virtù dell'art. 95 CE, a stabilire norme sulla produzione di sigarette, anche

63 — V. paragrafo 65 di queste conclusioni.

se questa produzione è destinata all'exportazione delle sigarette al di fuori dell'Unione europea. L'oggetto della disciplina riguarda pertanto prodotti che non entrano mai in commercio sul mercato interno, o per lo meno che non sono ad esso destinati.

dei prodotti stessi sia sulle circostanze in cui la produzione ha luogo, ad esempio in relazione alle condizioni ambientali o di lavoro.

138. Voglio affrontare questa questione come segue. In primo luogo ricordo schematicamente il modo in cui il legislatore ha fatto uso in casi precedenti dell'art. 95 CE — e dell'analogo art. 94 CE — per stabilire norme per la fase di produzione. Tale schema sfocia in un'analisi della competenza conferita al legislatore comunitario dall'art. 95 CE per quanto riguarda norme che non riguardano direttamente il commercio tra gli Stati. Ho bisogno di questa analisi per stabilire che l'art. 95 attribuisce un potere ampio, ma certamente non illimitato, ai fini del ravvicinamento delle normative. Valuto infine se l'uso di tale potere da parte del legislatore comunitario nel caso di specie resti nei limiti dello spazio a sua disposizione.

140. Requisiti di composizione veri e propri, che valgono anche nella fase di produzione, rappresentano un'eccezione nella legislazione comunitaria. La maggior parte della normativa basata sull'art. 95 CE riguarda soltanto la commercializzazione dei prodotti sul mercato interno e non si occupa della fase di produzione, anche quando si tratta di prodotti che possono avere incidenza sulla salute. Cito come esempi le normative relative all'immissione in commercio dei medicinali per uso umano, dei medicinali ad uso veterinario e dei prodotti fitosanitari⁶⁴. Evidentemente il legislatore per questi prodotti non ha ritenuto necessario applicare anche alla produzione, e pertanto anche ai prodotti destinati all'exportazione al di fuori dell'Unione europea, le normative riguardanti l'immissione in commercio. Ci sono tuttavia casi di requisiti di composizione applicati alla fase di produzione. La legislazione europea sui generi alimentari è ad esempio

3. Gli artt. 94 e 95 CE e i requisiti nella fase di produzione: un breve schema

139. I requisiti vigenti per la fase di produzione dei prodotti possono avere lo scopo di incidere sia sulle caratteristiche

64 — V. direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 novembre 2001, 2001/83/CE, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano (GU L 311, pag. 67), direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 novembre 2001, 2001/82/CE, recante un codice comunitario relativo ai medicinali veterinari (GU L 311, pag. 1) e direttiva del Consiglio 15 luglio 1991, 91/414/CE, relativa all'immissione in commercio dei prodotti fitosanitari (GU L 230, pag. 1). Penso tuttavia anche alle normative per i prodotti relative a prodotti di tipo completamente diverso, come — per dare un esempio a caso — la direttiva del Consiglio 3 maggio 1988, 88/378/CEE, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti la sicurezza dei giocattoli (GU L 187, pag. 1), che riguarda solo l'immissione in commercio nella Comunità.

applicabile a tutte le fasi della catena della produzione di cibo⁶⁵. Quest'ampia portata di applicazione deriva dal fatto che tutte le fasi della catena di produzione in ultima analisi possono avere incidenza sulla sicurezza del cibo⁶⁶.

141. Giungo così ai requisiti vigenti per la produzione. Per cominciare ricordo la direttiva sul biossido di titanio⁶⁷, emanata dopo l'annullamento della precedente direttiva sul biossido di titanio da parte della Corte a causa della scelta di un fondamento giuridico errato⁶⁸. La Commissione motiva nel seguente modo la sua scelta di basare sull'art. 95 la proposta di una direttiva sostitutiva: sebbene le norme nazionali esistenti siano state introdotte allo scopo di proteggere l'ambiente, l'esigenza di rav-

vicinamento deriva dalla necessità di abolire distorsioni della concorrenza⁶⁹. La direttiva fissa delle norme, tra l'altro, per il processo di produzione, ed in particolare per lo smaltimento dei rifiuti.

142. Direttive precedenti riguardanti l'ambiente, emanate prima dell'Atto europeo, in cui è stato tra l'altro compreso nel Trattato un titolo specifico per l'ambiente, mostrano le possibilità di stabilire requisiti di composizione in virtù degli artt. 94 e 95 CE⁷⁰. Ogni volta il legislatore comunitario considera che differenze nelle normative nazionali relative, ad esempio, agli scarichi permessi nell'acqua o nell'aria possono falsare le condizioni di concorrenza e avere pertanto un'incidenza diretta sul funzionamento del mercato comune. A tal fine l'art. 94 CE può fungere da fondamento giuridico. D'altro lato, a giudizio del legislatore occorre utilizzare anche l'art. 308 CE, in quanto il Trattato non prevedeva alcun potere per proteggere l'ambiente. Il limite qui utilizzato dal legislatore comunitario non è del tutto chiaro e non viene nemmeno motivato.

65 — V. art. 4 del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 178/2002 che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo di sicurezza alimentare (GU L 31, pag. 1).

66 — A questo riguardo rinvio anche alla direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, 89/107/CEE, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti gli additivi autorizzati nei prodotti alimentari destinati al consumo umano (GU L 40, pag. 27). La direttiva non impone requisiti alla produzione vera e propria (non degli additivi e non dei generi alimentari in cui questi vengono usati), ma stabilisce indirettamente dei requisiti per la produzione dei generi alimentari.

67 — Direttiva del Consiglio 15 dicembre 1992, 92/112/CEE, che fissa le modalità di armonizzazione dei programmi per la riduzione, ai fini dell'eliminazione, dell'inquinamento provocato dai rifiuti dell'industria del biossido di titanio (GU L 409, pag. 11).

68 — Sentenza 11 giugno 1991 (citata alla nota 49).

69 — COM(91)358 def.

70 — V., ad esempio, direttiva del Consiglio 4 maggio 1976, 76/464/CEE, concernente l'inquinamento provocato da certe sostanze pericolose scaricate nell'ambiente idrico della Comunità (GU L 129, pag. 23), direttiva del Consiglio 7 marzo 1985, 85/203/CEE, concernente le norme di qualità atmosferica per il biossido di azoto (GU L 87, pag. 1), e direttiva del Consiglio 19 marzo 1987, 87/217/CEE, concernente la prevenzione e la riduzione dell'inquinamento dell'ambiente causato dall'amianto (GU L 85, pag. 40).

143. Nel settore dell'ambiente di lavoro è risultato che l'art. 94 CE attribuiva il potere necessario all'emanazione di una direttiva comunitaria a tutela dei lavoratori contro i rischi derivanti da un'esposizione ad agenti chimici, fisici e biologici⁷¹. Secondo il legislatore siffatti provvedimenti incidono direttamente sul funzionamento del mercato comune.

concorrenza, ha fatto uso del suo potere di legiferare nella fase di produzione. Nella direttiva in questione si tratta di requisiti di composizione, che si applicano già prima che il prodotto entri in commercio. Da questo breve schema risulta che la direttiva è un «novum», in quanto introduce un divieto di produzione al fine di prevenire l'elusione della normativa del mercato interno.

144. Dopo l'inserimento di un titolo specifico per l'ambiente e del potere specificamente previsto dall'art. 137 CE nel settore dell'ambiente di lavoro, il legislatore comunitario sente meno l'esigenza di invocare gli artt. 94 o 95 CE per poter stabilire requisiti di composizione. Ciò non significa però che il potere in virtù dell'art. 95 CE non esista più⁷².

4. La competenza del legislatore comunitario: l'esigenza delle distorsioni sensibili

145. In sintesi, il legislatore comunitario, soprattutto in relazione a distorsioni della

146. L'art. 95 CE prevede in primo luogo il potere legislativo ai fini dell'instaurazione del mercato interno: a tal fine in virtù di questo articolo possono essere presi provvedimenti che aboliscono direttamente gli ostacoli per il commercio tra gli Stati. Limitandomi alla normativa relativa alla produzione, si tratta quindi del ravvicinamento delle disposizioni nazionali che riguardano il commercio di prodotti sul mercato interno. Insieme agli artt. 28-30, questo potere del legislatore comunitario costituisce un effetto dell'art. 3, n. 1, lett. c), CE. Al paragrafo 103 di queste conclusioni ne ho già discusso ampiamente. Per l'abolizione di questi ostacoli il Trattato prevede dunque due strumenti, che sono tra loro complementari.

71 — Direttiva del Consiglio 27 novembre 1980, 80/1107/CEE, sulla protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da un'esposizione ad agenti chimici, fisici e biologici durante il lavoro (GU L 327, pag. 8).

72 — In via illustrativa, cito ancora la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 12 marzo 2001, 2001/18/CE, sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati e che abroga la direttiva del Consiglio 90/220/CEE (GU L 106, pag. 1). Detta direttiva disciplina non solo l'immissione nel commercio interno della Comunità di organismi geneticamente modificati come prodotti o nei prodotti, ma anche la deliberata introduzione di siffatti organismi nell'ambiente ad fini diversi dalla commercializzazione nell'UE. L'obiettivo di questa aggiunta è evidente: la protezione dell'ambiente nell'UE. Ciononostante l'art. 95 CE ne costituisce la base legale.

147. Grazie all'applicazione complementare dell'art. 95 CE, da un lato, e degli

artt. 28-30 CE, dall'altro, si instaura un mercato interno. Non vi é peraltro ancora alcuna garanzia che il mercato così creatosi operi effettivamente come un mercato comune. Per realizzare questo risultato spesso servono misure di ravvicinamento integrative. Il legislatore del Trattato ha individuato questo problema ed ha aggiunto al potere in virtù dell'art. 95 CE un secondo elemento: *ratione materiae*, il potere in virtù dell'art. 95 CE si estende a misure di ravvicinamento che riguardano non l'instaurazione, ma il funzionamento del mercato interno⁷³. Si tratta di un effetto dell'art. 3, lett. h), del Trattato, che fa rientrare nell'azione comunitaria il ravvicinamento delle legislazioni nazionali nella misura necessaria al funzionamento del mercato comune.

148. Voglio fare un'ulteriore osservazione. Con la graduale instaurazione del mercato interno, di pari passo con la diminuzione degli ostacoli al commercio transfrontaliero tra gli Stati membri — grazie tra l'altro al ravvicinamento della normativa sui prodotti — l'accento si sposta sempre più sul funzionamento del mercato stesso. Per un'effettiva unità di mercato non basta abolire le barriere ai confini. A questo riguardo ricordo che, in virtù dell'art. 95

CE, la Comunità ha adottato una serie di provvedimenti aventi ad oggetto proprio il rafforzamento del funzionamento del mercato interno. Buoni esempi ne sono le direttive da me citate ai paragrafi 141-143.

149. Si tratta di un settore per cui il potere di legiferare spetta in linea di massima agli Stati membri. Manca un divieto generale paragonabile a quello di cui all'art. 28. Siffatte disposizioni — se fossero adottate dal legislatore nazionale — non imporrebbero restrizioni quantitative all'importazione o all'esportazione, in quanto esse disciplinano le condizioni per la produzione, e non impongono requisiti per i prodotti sul mercato comune. Per questo motivo dovrà sussistere un interesse qualificato della Comunità se si vuole scavalcare questa competenza degli Stati membri. O, nella formulazione adottata dalla Corte a proposito di distorsioni della concorrenza: bisogna che ci sia una sensibile distorsione del funzionamento del mercato⁷⁴.

150. Questo requisito delle distorsioni sensibili comporta anche che il potere di ravvicinamento di cui all'art. 95 CE non è generale e illimitato. Ciò avverrebbe se ogni turbamento del funzionamento del mercato comune — anche molto lieve — potesse giustificare un'armonizzazione. In sintesi, trovandoci su un terreno in cui gli Stati membri hanno una competenza legislativa

73 — Nella prassi comunque il legislatore comunitario non mantiene tanto rigidamente questa distinzione tra istituzione e funzionamento. L'abolizione di restrizioni al commercio è indicata nel preambolo di molte normative comunitarie come riguardante il «funzionamento». Ciò avviene anche nella direttiva in questione.

74 — V., tra l'altro, la sentenza Pubblicità tabacco, citata alla nota 3, punto 106.

autonoma che non viene limitata da un divieto di carattere generale, il legislatore comunitario può intervenire soltanto in caso di un turbamento del mercato di una certa gravità. È probabilmente anche per questo motivo che il legislatore comunitario ha basato le direttive ambientali menzionate al paragrafo 142 anche sull'art. 308 CE.

151. Questo requisito delle distorsioni sensibili costituisce pertanto anche un elemento essenziale per il legislatore comunitario, quando si tratta di norme stabilite per la fase di produzione in virtù dell'art. 95 CE. Si pone quindi la questione relativa ai casi in cui il turbamento sia sensibile. A mio giudizio possono essere rilevanti due forme di turbamento.

152. La prima forma riguarda il rischio che le norme che riguardano direttamente il commercio sul mercato interno possano essere facilmente eluse. Il legislatore comunitario può in tal caso stabilire norme integrative per la fase di produzione che mirano a prevenire questo effetto. Se egli non avesse il potere di adottarle, il mercato comune sarebbe sì instaurato, ma non potrebbe funzionare efficacemente. Più concretamente, si tratta di disposizioni che mirano a contribuire all'effetto utile delle

norme relative al commercio sul mercato interno. L'attuazione ed il controllo di queste norme possono essere pregiudicati se una norma comporta la possibilità di elusione. È questo il motivo che nel caso di specie il legislatore comunitario adduce nell'undicesimo 'considerando'.

153. La seconda forma di turbamento che può costituire un fondamento per le disposizioni nella fase di produzione riguarda una disuguaglianza nei rapporti di concorrenza. Ciò succede in caso di eccessivo squilibrio tra le condizioni di partecipazione al mercato comune nei vari Stati membri, in conseguenza della divergenza dei requisiti posti a livello nazionale alla produzione di determinati prodotti. Una misura di armonizzazione in virtù dell'art. 95 CE può eliminare questa disparità.

154. Per questo aspetto è rilevante la sentenza del biossido di titanio, in cui la Corte segue questo ragionamento: le disposizioni nazionali — nel caso in questione dettate da considerazioni relative alla sanità e all'ambiente — possono essere onerose per le imprese a cui si applicano⁷⁵. In mancanza di un'armonizzazione delle disposizioni nazionali la concorrenza potrebbe essere gravemente falsata. Un provvedimento di ravvicinamento delle normative nazionali relative ai requisiti di produzione in un determinato ramo del-

75 — Citata alla nota 49, v. in particolare punto 23 della sentenza.

l'industria, con cui si mira ad eliminare distorsioni della concorrenza in tale ramo, contribuisce pertanto alla realizzazione del mercato interno, ricadendo così nel campo di applicazione dell'art. 95 CE. Nella causa del biossido di titanio si trattava di una normativa sullo smaltimento dei rifiuti. La Corte ammette così che una normativa nazionale indistintamente applicabile a tutti gli operatori del mercato in un certo settore può costituire un turbamento della concorrenza.

dall'altro, ha voluto evitare che le sigarette entrino direttamente in modo illegale sul mercato all'interno dell'Unione europea. Si tratta pertanto della prima forma di perturbazione del mercato interno, da me descritta al paragrafo 152.

157. A mio avviso, in una siffatta eventualità il legislatore comunitario ha il potere di intervenire alle seguenti condizioni:

5. La direttiva sul tabacco

155. Giungo adesso alla questione se il legislatore comunitario, adottando la direttiva sul tabacco, elimini una perturbazione sensibile del funzionamento del mercato interno.

- il danno che può derivare dall'elusione deve essere grave per gli effetti del regime. Questo requisito della gravità del danno concretizza l'esigenza di una perturbazione sensibile sopra citata;

156. Nel procedimento dinanzi alla Corte il legislatore comunitario indica come fondamento dell'applicazione della direttiva alla produzione destinata all'esportazione delle sigarette la prevenzione dell'elusione del regime del mercato interno. Dalla discussione dinanzi alla Corte emerge che il legislatore⁷⁶, da un lato, tiene presente la reimportazione illegale di sigarette che non soddisfano le norme della direttiva e,

- il danno può ragionevolmente essere evitato soltanto se si garantisce un intervento uniforme in tutti gli Stati membri. In altre parole, in caso di difformità delle norme di attuazione e delle prassi nazionali, o quanto meno in caso di concreto rischio di difformità, non esiste sufficiente certezza che si possa anche intervenire efficacemente contro la frode;

⁷⁶ — In particolare il Consiglio ha sostenuto questa tesi in udienza.

— la mancanza di norme supplementari comporta oneri sproporzionati di attuazione e di controllo.

158. Nella valutazione della gravità del possibile danno si deve considerare la probabilità del rischio della creazione di un mercato illegale. Mi sembra decisivo il seguente elemento. Le sigarette sono un mezzo voluttuario e per tale motivo hanno per il consumatore qualcosa di eccitante. Ciò vale sicuramente per i giovani consumatori, che sono i principali destinatari della lotta contro il fumo. In tale circostanza è senz'altro plausibile che si crei un mercato illegale di sigarette che sono vietate nell'Unione europea, ma ottenibili al di fuori di essa. Già solo il carattere illegale può creare un mercato per il prodotto. Non mi sembra decisiva pertanto l'asserzione che in questo momento il commercio illegale ha luogo soltanto al fine di eludere le imposte sui consumi. Per la nascita di un mercato illegale serve infatti innanzitutto una legislazione che stabilisce l'illegalità. A tale riguardo va osservato inoltre che più le norme diventano severe più aumenta il rischio di elusione. È quindi soltanto la direttiva in questione che rende possibile — e magari anche allettante — la creazione di un mercato illegale.

159. La seconda condizione riguarda la necessità di un intervento comunitario. Un divieto alla produzione imposto unilateralmente da uno Stato al fine di combattere la reimportazione illegale non è efficace in quanto il controllo deve avvenire ai confini

esterni del mercato comune. Se esistono differenze nelle normative degli Stati membri — e di conseguenza anche nei controlli attuati ai diversi confini esterni — il flusso commerciale illegale si sposterà verso un confine esterno dove il relativo divieto non vale. Ciò rende pertanto necessario un intervento comunitario. Ma anche se le sigarette non escono dall'Unione europea, una misura nazionale non può essere efficace a causa dell'esistenza di un mercato interno aperto. Uno Stato membro nell'ambito di un siffatto mercato non può infatti impedire che sul suo territorio vengano commerciate (illegalmente) sigarette provenienti da un altro Stato membro dove il divieto di produzione non è vigente.

160. Passo adesso ad esaminare una terza condizione. Dato che la reimportazione avviene illegalmente e che sono spesso viaggiatori privati che reimportano i prodotti nell'Unione europea il controllo non è facile e la sua attuazione comporta costi a dir poco sproporzionati. La situazione non è diversa per il commercio illegale all'interno dell'Unione europea.

161. A questo punto giungo alla conclusione che il legislatore comunitario nel caso di specie elimina una sensibile perturbazione del funzionamento del mercato interno. Mi sembra tuttavia che sia possibile individuare anche un altro fondamento per

il divieto di produzione. Anche il rischio concreto di una grave distorsione della concorrenza, vale a dire il secondo tipo di perturbazione del funzionamento del mercato interno, può costituire, a mio avviso, la base legale delle norme comunitarie.

non può infatti vietare unilateralmente la produzione di sigarette al fine di poter garantire il rispetto del divieto di commercio sul mercato interno. In questo caso infatti l'effetto sarà che un produttore di sigarette sposterà la produzione verso uno Stato membro dove un siffatto divieto non vale. Un provvedimento unilaterale di questo tenore non ha pertanto alcun effetto per il rispetto delle norme e causa soltanto un danno economico allo Stato membro interessato.

162. Secondo me non c'è alcun dubbio che le disposizioni applicabili per la composizione delle sigarette — e le previsioni sullo sviluppo di tali disposizioni — abbiano un'incidenza rilevante sulle politiche di investimento dei produttori di tabacco che producono (anche) per l'esportazione in paesi terzi. I produttori investiranno di preferenza nei paesi in cui la normativa è più tollerante. Si aggiunge a ciò che essi in detti paesi terzi devono concorrere con fabbricanti provenienti da paesi esterni all'Unione europea, anche questi non soggetti ai severi requisiti di composizione. In sintesi, è prevedibile che, in presenza di normative nazionali difformi, si assisterà ad uno spostamento degli investimenti all'interno dell'Unione europea, che determinerà un sensibile turbamento del mercato comune. L'affermazione delle ricorrenti che esse sposteranno la loro produzione in conseguenza della direttiva conferma il mio ragionamento.

163. Ciò comporta che un divieto alla produzione imposto unilateralmente da un singolo Stato non solo è inefficace, ma nemmeno concepibile. Uno Stato membro

164. Già soltanto per questo la direttiva — grazie all'armonizzazione dei requisiti per i prodotti del tabacco fabbricati nell'Unione europea, qualunque sia la loro destinazione — contribuisce a prevenire gravi disparità nelle condizioni per la partecipazione al mercato dei produttori di tabacco nei singoli Stati membri.

165. Ad abundantiam osservo che la direttiva va distinta sotto tale profilo dalla direttiva sulla pubblicità del tabacco. In quest'ultima direttiva infatti, secondo la Corte, l'esistenza di condizioni di concorrenza diverse tra gli Stati membri non poteva costituire il fondamento per una norma di ravvicinamento in quanto questa elimina la concorrenza in tutta la Comunità, o se non altro la limita molto. Sono dell'avviso che questa conclusione della Corte vada considerata nell'ottica del con-

testo specifico della direttiva sulla pubblicità per il tabacco, che pone limiti severissimi alla pubblicità per i prodotti del tabacco, sottraendo così ai fabbricanti quello che è per definizione lo strumento di concorrenza. Infatti in conseguenza di detta direttiva questi produttori hanno meno possibilità di presentare al pubblico i loro prodotti. La direttiva ora in esame, invece, non ha questa particolare ripercussione sulla concorrenza.

166. In sintesi, l'art. 95 CE è un fondamento giuridico adeguato per un regime che imponga condizioni alla fabbricazione dei prodotti del tabacco, indipendentemente dalla destinazione per cui sono fabbricati.

E — Ammissibilità di un duplice fondamento giuridico

167. Sostanzialmente si tratta di questo. In primo luogo il controllo materiale: in quali circostanze una normativa può essere fondata su più basi giuridiche? Bisogna in tal caso che questi fondamenti, considerando l'obiettivo perseguito dalla normativa, abbiano un carattere equivalente? In secondo luogo, è libero il legislatore che vuole disciplinare più aspetti — che non siano riconducibili ad una medesima base legale - di riunire questi diversi aspetti in

un'unica normativa? In terzo luogo, la procedura di adozione: sono compatibili tra loro le procedure di cui agli artt. 95 e 133 CE?

168. Ai fini della valutazione del primo punto il diritto comunitario fornisce un valido aiuto. Un atto comunitario come la direttiva deve essere basato su uno specifico fondamento giuridico, come emerge dall'art. 5, primo comma, CE. La giurisprudenza costante della Corte è richiamata nel parere della Corte stessa in merito al Protocollo di Cartagena ⁷⁷:

«Secondo una costante giurisprudenza la scelta del fondamento giuridico di un atto (...) non è determinata soltanto dalla convinzione del suo autore, ma deve invece riposare su dati oggettivi, suscettibili di controllo giuridico. Fanno parte di siffatti dati in particolare il fine e l'oggetto dell'atto (...). Se nell'esame di un atto comunitario emerge che questo ha due fini o che è composto da due elementi, di cui uno può essere considerato come il fine o l'elemento principale, mentre l'altro fine o elemento è soltanto accessorio, l'atto deve essere basato su unico fondamento giuridico, ossia quello necessario ai fini dello scopo principale o dell'elemento principale (...). Qualora si dimostri che un atto ha contemporaneamente più fini, che sono inscin-

⁷⁷ — Parere 6 dicembre 2001, 2/00 (Racc. pag. I-9713, punti 22 e 23).

dibilmente legati tra loro, senza che uno appaia secondario ed indiretto nei riguardi dell'altro, tale atto in via eccezionale potrà essere basato sui relativi diversi fondamenti giuridici».

169. In presenza di diversi fini di rilevanza più o meno equivalente, vale la regola principale sancita dalla sentenza Commissione/Consiglio sulla nomenclatura delle merci⁷⁸, per cui «qualora la sua competenza riposi su due disposizioni del trattato, un' istituzione è tenuta ad adottare gli atti corrispondenti sulla base di ambedue le disposizioni considerate».

170. Questa giurisprudenza lascia al legislatore comunitario lo spazio necessario per fondare una normativa su più articoli del Trattato, a condizione che deve trattarsi di un uso effettivo di un fondamento giuridico, mentre considerazioni di carattere accessorio non bastano a giustificare l'uso di un fondamento giuridico. Per meglio chiarire questo punto rinvio alle conclusioni presentate dall'avvocato generale Fennelly nella causa Pubblicità tabacco⁷⁹. Al paragrafo 68 egli spiega — ed io concordo con lui — che il concetto di «centro di gravità» di una normativa ha un significato soltanto nel caso in cui sia escluso un cumulo di fondamenti giuridici, quando le procedure di adozione previste per entrambi i fondamenti giuridici sono incompatibili.

171. Escludendo questa situazione nel caso di specie — su questo tornerò in prosieguo — la Corte non è tenuta ad attribuire un particolare significato alla disparità dei due fondamenti giuridici adottati. Basta che l'art. 133 costituisca un fondamento effettivo per una parte della direttiva — per quanto piccola questa possa essere. Segnamente si deve accertare se il legislatore comunitario, dichiarando la direttiva applicabile anche all'esportazione di sigarette dall'Unione europea, abbia perseguito un obiettivo rientrante nella politica commerciale comunitaria.

172. Il secondo punto a cui accennavo sopra emerge dagli interventi delle ricorrenti e del governo tedesco, in cui essi, rinviando alla normativa sugli alimenti per lattanti⁸⁰, affermano che il legislatore comunitario avrebbe dovuto disciplinare l'esportazione di sigarette in una normativa a parte.

173. La giurisprudenza conferma la prassi legislativa in cui spesso per un'unica normativa comunitaria si invocano contemporaneamente più fondamenti giuridici⁸¹. Una normativa contiene spesso più elementi — o componenti, nella formulazione adottata nel parere della Corte sopra citato — e persegue contemporaneamente più obiettivi. Dal punto di vista dell'economia legislativa questo è senz'altro opportuno.

78 — Sentenza della Corte 27 settembre 1988, causa 165/87 (Racc. pag. 5345).

79 — Citata alla nota 3.

80 — V. i paragrafi 191 e segg. delle presenti conclusioni.

81 — Un buon esempio a questo riguardo è il regolamento 178/2002, citato alla nota 65, che si basa sugli artt. 37, 95 e 133 e sull'art. 152, n. 4, lett. b).

Non ha molto senso suddividere le norme stabilite per un certo tipo di prodotti a seconda dell'obiettivo da esse perseguito o dei destinatari che esse intendono raggiungere. Disposizioni più integrali sono meglio comprensibili per il cittadino e diminuiscono il rischio di inutili discrepanze di interpretazione o di esecuzione⁸². Mi sembra pertanto poco felice, ad esempio, la soluzione scelta per le norme relative agli alimenti per lattanti, per cui sono state adottate due direttive applicabili a seconda della destinazione del prodotto.

174. Il terzo punto riguarda la compatibilità delle procedure di adozione.

175. Come risulta dalla sentenza sul biossido di titanio⁸³, esiste un'eccezione alla regola generale che ammette un doppio fondamento giuridico nel diritto comunitario. Si tratta del caso in cui le disposizioni del Trattato utilizzate contemplino procedure di adozione diverse e non compatibili tra loro.

82 — Una siffatta scelta soddisfa meglio il disposto dell'Accordo interistituzionale 22 dicembre 1988, sugli orientamenti comuni relativi alla qualità redazionale della legislazione comunitaria (GU 1999 C 73, pag. 1).

83 — Citata alla nota 49, punti 17 e segg.

176. Il Parlamento, la Commissione ed il Consiglio, nonché alcuni governi intervenienti, sostengono che il cumulo degli artt. 95 e 133 CE come fondamento giuridico è possibile in quanto questo differisce sostanzialmente dalla fattispecie della causa del biossido di titanio. Secondo le ricorrenti, invece, gli iter legislativi che il legislatore comunitario deve seguire sulla base degli artt. 95 e 133 sono incompatibili tra loro. Anche il governo tedesco afferma che i due fondamenti giuridici non sono compatibili. Il fatto che la direttiva in questione sia stata adottata con la procedura di codecisione, mentre, in virtù dell'art. 133, n. 4, CE, è il solo Consiglio a decidere, mette in pericolo l'equilibrio istituzionale⁸⁴.

177. Per valutare tale punto cito, in primo luogo, le considerazioni della sentenza del biossido di titanio rilevanti al riguardo⁸⁵: «(...) L'art. 100 A, prescrive l'approvazione del procedimento di cooperazione, contemplato dall'art. 149, n. 2, del Trattato, mentre l'altra disposizione, cioè l'art. 130 S, prescrive il voto all'unanimità dopo che il Parlamento è stato solo sentito. (...) Nel procedimento di cooperazione, il Consiglio delibera [spesso]⁸⁶ a maggioranza qualificata (...). Questo elemento essenziale del

84 — In un certo senso analogo è l'argomento addotto dalle ricorrenti in merito all'art. 300, n. 3, CE. Esse sostengono che questa disposizione prevede soltanto la consultazione del Parlamento. Sarebbe scorretto dal punto di vista costituzionale rafforzare il ruolo del Parlamento nell'iter decisionale. Non prendo in considerazione questo argomento, in quanto la relativa disposizione riguarda soltanto la stipulazione di accordi internazionali.

85 — Citata alla nota 49, i punti da 18 a 20 della sentenza.

86 — Parola aggiunta dal sottoscritto.

procedimento di cooperazione sarebbe compromesso se, a motivo del simultaneo riferimento agli artt. 100 A e 130 S, il Consiglio dovesse in ogni caso votare all'unanimità. Verrebbe così messo a repentaglio lo scopo stesso del procedimento di cooperazione, che è quello di rafforzare la partecipazione del Parlamento europeo al processo legislativo della Comunità. Orbene, come ha osservato la Corte (...) questa partecipazione è il riflesso, sul piano comunitario, di un fondamentale principio di democrazia secondo il quale i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa».

178. In fondo due sono gli elementi essenziali, e cioè la possibilità di decidere (in alcuni casi) a maggioranza qualificata e le prerogative del Parlamento europeo. Nessuno di questi elementi tuttavia rileva nel caso di specie. Sebbene l'art. 95 rinvii al procedimento di codecisione e l'art. 133 non lo faccia, ciò non comporta però che non si possano invocare contemporaneamente i due fondamenti giuridici. Deduco invece dalla sentenza sul biossido di titanio che deve essere seguita la procedura di codecisione, perchè in caso contrario si farebbe torto alle prerogative dal Parlamento europeo⁸⁷.

179. Per quanto riguarda la tesi del governo tedesco in merito all'equilibrio

istituzionale, sono dell'avviso che essa riposi su un'interpretazione errata della sentenza del biossido di titanio. L'equilibrio istituzionale ricopre un ruolo importante nella decisione della Corte, che però pone un nesso diretto con le prerogative del Parlamento europeo e con i principi democratici su cui esse si fondano.

180. Non vedo quale interesse verrebbe leso dall'adozione nel caso di specie della procedura di codecisione. Al contrario si è scelto l'iter legislativo più oneroso, che ha permesso di tenere conto del maggior numero possibile di interessi. Ammesso che ci si ponga dal punto di vista dell'equilibrio istituzionale: se nel diritto comunitario c'è una procedura che mira ad ottenere un equilibrio ottimale tra le competenze, questa mi sembra essere proprio la procedura di codecisione. Il legislatore del Trattato ha confermato la sua preferenza per questa procedura; nelle più recenti modifiche del Trattato di Amsterdam e di Nizza si è scelto proprio di applicarla sempre più spesso.

181. Osservo infine quanto segue. Anche qualora venisse leso un interesse riconosciuto del Consiglio ad essere l'unico responsabile di una decisione, è stato il legislatore comunitario — e pertanto anche il Consiglio — a scegliere di non tenerne conto. Il legislatore comunitario avrebbe infatti potuto seguire la stessa

87 — E il caso in esame diventa analogo al caso del biossido di titanio. Le disposizioni del Trattato CE qui ricordate sono o modificate (segnatamente l'art. 130 S, attualmente divenuto 175 CE) o abrogate (art. 149, n. 2).

tecnica scelta per la normativa sugli alimenti per lattanti e adottare una normativa a parte per l'esportazione, anche se questa tecnica non ha la mia preferenza.

182. In sintesi, e concentrandosi sul caso di specie: la giurisprudenza della Corte non osta in linea di massima a che, oltre all'art. 95, si invochi come fondamento giuridico anche l'art. 133, in quanto gli iter legislativi contemplati nei due articoli sono compatibili tra loro. Se l'aggiunta dell'art. 133 nel caso di specie sia effettivamente possibile o necessaria dipende dall'obiettivo perseguito dal legislatore.

F — L'art. 133 e l'esportazione dei prodotti in paesi terzi

183. Nei paragrafi precedenti ho concluso nel senso che l'art. 95 CE può fungere da base giuridica per l'applicabilità della direttiva alla produzione di sigarette, indipendentemente dalla loro destinazione. Ciò significa che la direttiva può ben basarsi nella sua totalità sull'art. 95. Considerando tuttavia che essa utilizza come fondamento giuridico anche l'art. 133 CE, occorre anche risolvere la questione se questo articolo possa costituire una base legale

adeguata per la limitazione dell'esportazione di sigarette al di fuori dell'Unione europea. Osservo che il legislatore comunitario soltanto nel presente procedimento — ossia a posteriori — ha ammesso di voler effettivamente disciplinare siffatta esportazione. Alla fine della sezione in esame approfondisco la questione se una normativa possa fondarsi su una motivazione ad essa successiva. Per il resto imposto il problema in modo analogo alla sezione VI - D: comincio con un breve esame della legislazione comunitaria esistente, analizzo poi il potere legislativo, a mio giudizio ampio, che spetta al legislatore comunitario e rispondo poi alla questione se egli sia rimasto nei limiti di siffatto potere.

1. Argomenti adottati

184. In udienza dinanzi alla Corte il Parlamento e il Consiglio hanno sostenuto, come ho già detto, che la direttiva mira a disciplinare anche l'esportazione. Per questo motivo a loro avviso è giusto che sia stato aggiunto come fondamento giuridico anche l'art. 133 del Trattato. Questa tesi è condivisa dalla Commissione e da vari governi intervenienti. A sostegno vengono adottati alcuni argomenti che sono rilevanti ai fini della valutazione:

— Il governo britannico ritiene che sia giustificato invocare l'art. 133 CE

come fondamento giuridico, in quanto gli artt. 3 e 7 della direttiva stabiliscono principi uniformi della politica commerciale comunitaria. Per la produzione di sigarette ai fini dell'esportazione in paesi terzi l'art. 95 CE non è che un fondamento giuridico secondario.

185. Le principali censure sollevate contro l'uso dell'art. 133 CE sono le seguenti:

— Il governo olandese rinvia all'undicesimo 'considerando' in cui si afferma che il regime di esportazione rientra nella politica commerciale comune. Il fatto che essa persegua anche obiettivi non di politica commerciale (o li raggiunga, sebbene non li persegua direttamente) non cambia nulla ⁸⁸.

— Secondo le ricorrenti, la competenza della Comunità nel settore della politica commerciale comune ha come obiettivo principale quello di garantire che il commercio tra gli Stati membri e paesi terzi non causi turbamenti nel commercio intracomunitario.

— Le ricorrenti fanno presente che l'obiettivo della direttiva è quello di tutelare la salute. Per questo motivo, essa non può essere fondata sull'art. 133 CE, che prevede una competenza per promuovere il commercio, e non per limitarlo. Il governo greco si esprime in termini molto analoghi.

— A giudizio della Commissione il mantenimento di standard di qualità per l'esportazione di prodotti deve essere considerato come un interesse commerciale dell'Unione europea, in quanto ciò impedisce l'immissione sul mercato mondiale di prodotti di qualità inferiore. Già solo per questo motivo l'art. 133 CE può fungere da fondamento giuridico.

— Proseguendo su questa linea il governo tedesco afferma che misure basate sull'art. 133 CE devono avere l'obiettivo di incidere sui flussi commerciali con paesi terzi. Il fine principale è la liberalizzazione del commercio, e non la sua limitazione. Misure restrittive

88 — Sentenza 29 marzo 1990, causa 62/88, Grecia/Consiglio (Racc. pag. I-1527, punti 17-20).

sono permesse in virtù dell'art. 133 CE, ma solo se inquadrate in un regime che mira alla liberalizzazione.

delle merci contraffatte⁹⁰. A volte si tratta di legislazione comunitaria unilaterale, come nel caso della direttiva sul tabacco. Un esempio recente è costituito dal regolamento quadro per la legislazione sui generi alimentari⁹¹, citata qui di seguito al paragrafo 190.

- Sia il governo tedesco che quello lussemburghese menzionano la tutela della sanità nei paesi terzi, che è conseguenza della direttiva. In tal modo questa acquista un'efficacia extraterritoriale, mentre — in mancanza di standard internazionali — spetta al paese di importazione stabilire norme inerenti alla salute.

2. L'art. 133 e l'esportazione dei prodotti in paesi terzi: un breve quadro

186. In molti settori e con i più diversi obiettivi si riscontrano normative comunitarie relative ai prodotti destinati all'esportazione e che si fondano sull'art. 133 CE. Spesso esse si basano su accordi internazionali. Cito, come esempio, la normativa sanzionatoria⁸⁹, nonché i regolamenti per combattere l'esportazione della droga o

187. Comunque, normative riguardanti prodotti destinati all'esportazione vigono anche al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 133 CE. Un esempio nel settore dell'agricoltura è costituito dalla decisione della Commissione⁹² che istituisce come misura urgente per combattere la ESB un divieto di esportazione per il bestiame e la carne bovina. Questa misura si applica anche all'esportazione in paesi terzi, cosa degna di nota in quanto i regolamenti del Consiglio che ne sono a

⁸⁹ — Ad esempio il regolamento del Consiglio 26 aprile 1993, 990/93/CEE, relativo agli scambi tra la Comunità economica europea e la Repubblica federale di Jugoslava (Serbia e Montenegro) (GU L 102, pag. 14), che era in discussione dinanzi alla Corte nella causa Bosforo (sentenza 30 luglio 1996, causa C-84/95, Racc. pag. I-3953).

⁹⁰ — Regolamento del Consiglio 13 dicembre 1990, 3677/90/CEE, recante misure intese a scoraggiare la diversione di talune sostanze verso la fabbricazione illecita di stupefacenti o di sostanze psicotrope (GU L 357, pag. 1). Sebbene i prodotti disciplinati da detto regolamento siano per i loro effetti in un certo senso paragonabili ai prodotti del tabacco, il contenuto della normativa è diversissimo da quello della direttiva in esame. V. anche: regolamento del Consiglio 22 dicembre 1994, 3295/94, che fissa misure intese a vietare l'immissione in libera pratica, l'esportazione, la riesportazione e il vincolo ad un regime sospensivo di merci contraffatte e di merci usurpative (GU L 341, pag. 8). In virtù di questo regolamento le merci contraffatte o usurpative non possono essere commercializzate, esportate o riesportate.

⁹¹ — Regolamento 178/2002, citato alla nota 65. Questo regolamento ha come fondamento giuridico gli artt. 37, 95, 133 e 152, n. 4, lett. b).

⁹² — Decisione della Commissione 27 marzo 1996, 96/239/CE, relativa a misure di emergenza in materia di protezione contro l'encefalopatia spongiforme bovina (GU L 78, pag. 47).

fondamento riguardano soltanto il commercio interno. La giustificazione del provvedimento si trova nel rischio della reimportazione⁹³.

188. Tre normative meritano un'attenzione particolare per la valutazione della causa in esame.

189. Le norme di base per l'applicazione all'esportazione dell'art. 133 CE sono contenute nel regolamento del Consiglio 20 dicembre 1969, 2603/69/CE, relativo all'instaurazione di un regime comune applicabile alle esportazioni⁹⁴. La norma principale di cui all'art. 1 recita che le esportazioni in linea di massima non sono soggette a restrizioni quantitative. L'art. 11 dà agli Stati membri la possibilità di stabilire restrizioni all'esportazione a livello nazionale, a tutela di uno degli interessi di cui all'art. 30 CE.

190. L'art. 133 CE costituisce la base legale per i requisiti di produzione comunitari relativi all'esportazione fissati nell'ampio

regolamento quadro per la legislazione sui generi alimentari⁹⁵. Questo regolamento è incentrato sulla salute e sulla sicurezza dei cittadini dell'Unione e dei cittadini di paesi terzi. I generi alimentari destinati all'esportazione verso un paese terzo e che vengono colà commercializzati devono soddisfare le disposizioni applicabili della legislazione sui generi alimentari vigente per i prodotti destinati al consumo interno. Inoltre questi prodotti non devono essere nocivi per la salute e, in caso di alimenti per animali, devono essere non pericolosi.

191. Proprio allo scopo di disciplinare l'esportazione è stata adottata la direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/52/CE, sugli alimenti per lattanti e gli alimenti di proseguimento destinati all'esportazione in paesi terzi⁹⁶. Questa direttiva, fondata sull'art. 133 CE, costituisce un'integrazione di direttive precedenti che contengono requisiti di composizione (uguali) per gli alimenti per lattanti e gli alimenti di proseguimento destinati al mercato interno⁹⁷. Lo scopo di questa direttiva è la tutela della salute dei lattanti nei paesi terzi. I requisiti di composizione prescritti devono essere conformi alla legislazione CE vigente per il mercato interno o alle norme

93 — La Corte ha respinto la domanda di nullità di questa decisione nella sentenza 5 maggio 1998, causa C-180/96, Regno Unito/Commissione (Racc. pag. I-2265). V. anche il paragrafo 234 di queste conclusioni. V. inoltre la normativa nel settore ambientale ex art. 175 CE, come il regolamento del Consiglio 23 luglio 1992, 2455/92, relativo alle esportazioni e importazioni comunitarie di taluni prodotti chimici pericolosi (GU L 251, pag. 13). L'obiettivo di questo regolamento è la protezione dell'uomo e dell'ambiente, sia nella Comunità sia nei paesi terzi. Le disposizioni derivano in parte dalla collaborazione con organizzazioni internazionali, come il Programma per l'ambiente delle Nazioni Unite (UNEP) e l'Organizzazione per l'Alimentazione e l'Agricoltura (FAO).

94 — GU L 324, pag. 25.

95 — V. nota 65.

96 — GU L 179, pag. 129.

97 — Direttiva del Consiglio 3 maggio 1989, 89/398/CEE, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti i prodotti alimentari destinati ad un'alimentazione particolare (GU L 186, pag. 27), e direttiva della Commissione 14 maggio 1991, 91/321/CEE, sugli alimenti per lattanti e alimenti di proseguimento (GU L 175, pag. 35).

internazionali applicabili stabilite nell'ambito del Codex Alimentarius⁹⁸.

192. In sintesi, in virtù dell'art. 133 CE possono essere fissati requisiti per i prodotti da esportare per perseguire vari obiettivi. Sicuramente si tratta non soltanto di politica commerciale nel senso ristretto di promozione del commercio, ma anche proprio di misure che limitano l'esportazione di determinati prodotti ai fini di altri obiettivi di interesse generale.

3. Valutazione della competenza in virtù dell'art. 133 CE

193. La prima questione da risolvere è se l'art. 133 CE possa costituire un fondamento giuridico adeguato per un regime che mira in primo luogo a tutelare la salute

pubblica. Sostanzialmente questa domanda non è diversa da quella che si poneva in relazione all'art. 95 CE. In altre parole, ci si chiede se anche l'art. 133 CE vada considerato come un potere funzionale necessario al legislatore comunitario per poter adottare misure con un'efficacia esterna.

194. Dalla giurisprudenza emerge che il potere del legislatore comunitario può essere interpretato estensivamente. Rinvio al parere della Corte 1/78: «Non si può dare all'art. 113 del Trattato CEE un'interpretazione il cui effetto sia quello di limitare la politica commerciale comune all'impiego degli strumenti destinati ad incidere unicamente sugli aspetti tradizionali del commercio estero». La Corte ha aggiunto che «l'enumerazione, nell'art. 113, degli scopi della politica commerciale è concepita come un'enumerazione non limitativa»⁹⁹. È vero che «all'epoca in cui il trattato è stato redatto la liberalizzazione degli scambi era l'idea dominante» ma gradualmente anche altri obiettivi hanno cominciato ad imporsi, come la problematica dello sviluppo¹⁰⁰.

195. Detto parere mostra che l'art. 133 CE non mira solo a promuovere il commercio dell'Unione europea con paesi terzi. Anche

98 — Una tecnica analoga è seguita dal legislatore comunitario nella normativa sulla radioattività dei prodotti alimentari e degli alimenti per animali. Il Regolamento del Consiglio 18 luglio 1989, 2219/89, relativo alle condizioni particolari d'esportazione dei prodotti alimentari e degli alimenti per animali dopo un incidente nucleare o in qualsiasi altro caso di emergenza radioattiva (GU L 211, pag. 4), basato sull'art. 133 CE, vieta l'esportazione di prodotti alimentari e alimenti per animali il cui contagio radioattivo superi i livelli massimi consentiti che valgono per i prodotti destinati al consumo interno. I livelli massimi consentiti di radioattività per i prodotti alimentari e gli alimenti per animali sono stabiliti nel regolamento (Euratom) 22 dicembre 1987, n. 3954/87, che fissa i livelli massimi ammissibili di radioattività per i prodotti alimentari e per gli alimenti per animali in caso di livelli anormali di radioattività a seguito di un incidente nucleare o in qualsiasi altro caso di emergenza radioattiva (GU L 371, pag. 11), come modificato dal regolamento (Euratom) 2218/89 (GU L 211, pag.1).

99 — Parere 4 ottobre 1979 (Racc. pag. 2871, punti 44 e 45).

100 — V., a questo riguardo, anche la sentenza 26 marzo 1987, causa 45/86, Commissione/Consiglio (Racc. pag. 1493).

nell'applicazione dell'art. 133 CE possono avere importanza altri interessi pubblici, alla luce dei quali il legislatore comunitario può imporre al commercio requisiti di qualità. La giurisprudenza della Corte conferma così l'interpretazione estensiva della nozione di «politica commerciale comune», come risulta dalla prassi legislativa comunitaria.

196. Siffatto potere di prendere in considerazione anche altri interessi pubblici rilevanti si deduce anche dal regolamento 2603/69, che permette agli Stati membri di limitare l'esportazione a tutela degli interessi pubblici di cui all'art. 30 CE. La mera esistenza di un siffatto potere degli Stati membri comporta che anche la difesa di questi interessi deve poter essere oggetto di un intervento comunitario. Infatti l'intervento unilaterale degli Stati membri può ostacolare la politica commerciale comune — una competenza esclusiva della Comunità europea. Il legislatore comunitario nell'interesse del commercio deve poter pertanto sostituire questi provvedimenti nazionali unilaterali con un intervento comunitario. D'altro canto, un siffatto intervento comunitario non può avere l'effetto di diminuire la tutela giuridica accordata ad altri interessi pubblici. Per quanto riguarda la tutela della sanità rileva l'obbligo di garantire un alto livello di protezione in ogni intervento comunitario, con-

templato dall'art. 152, n. 1. Anche qui si impone il paragone con il commercio interno; proprio perché l'art. 30 CE crea la possibilità di restrizioni al commercio, in virtù dell'art. 95 CE la Comunità deve essere in condizione di intervenire.

197. In sintesi, il potere della Comunità europea di intervenire all'esterno in virtù dell'art. 133 CE è in gran misura equivalente al potere del legislatore comunitario di intervenire all'interno in virtù dell'art. 95 CE¹⁰¹. È anche questa una competenza funzionale.

198. In merito osservo che anche l'art. XX della Convenzione GATT prevede eccezioni in vista di determinati interessi pubblici, come la tutela della sanità. Ciò è anche logico. La promozione della libertà degli scambi comporta che essi possano anche essere soggetti a condizioni di base, che non devono essere confuse con restrizioni al commercio, come sembrano fare le ricorrenti.

199. I governi tedesco e lussemburghese mettono in discussione l'efficacia extraterritoriale della direttiva, nel senso che i requisiti posti all'esportazione di sigarette

101 — In via illustrativa, cito le conclusioni presentate dall'avvocato generale Jacobs nella causa Werner, in cui egli afferma che l'art. 11 del regolamento 2603/69 deve essere interpretato per la maggior parte come l'art. 30 CE (sentenza 17 ottobre 1995, causa C-70/94, Racc. pag. I-3189).

servono in sostanza a tutelare la salute pubblica nei paesi terzi. Condivido la tesi di questi governi secondo cui tale tutela — almeno primariamente — spetta ai governi dei paesi importatori. La questione tuttavia che si pone è se ciò significhi che in tal caso non si possano più imporre condizioni all'esportazione.

200. Questa questione rientra nella delicata materia delle misure di protezione extraterritoriali. Le teorie in merito all'ammissibilità di siffatte misure sono molto discordanti, a seconda di come si intende la nozione di politica commerciale. La Corte non si è ancora pronunciata esplicitamente sull'ammissibilità di misure del genere, ed anche nell'ambito dell'Organizzazione mondiale per il commercio non esiste univocità in merito, per lo meno per quanto riguarda i provvedimenti di esportazione¹⁰².

201. Risolvo questa questione come segue. I requisiti imposti ai prodotti da esportare possono essere suddivisi in tre categorie. La prima riguarda i requisiti imposti da accordi internazionali, la seconda è costituita da requisiti comunitari unilaterali per il mercato interno che si applicano anche all'esportazione; della terza categoria fanno parte requisiti posti esclusivamente all'esportazione.

202. A mio giudizio i requisiti compresi nella prima e nella seconda categoria sono in generale ammissibili, se si considera l'ampia interpretazione data alla nozione di «politica commerciale comune» sia dalla giurisprudenza della Corte sia dalla prassi legislativa.

203. Per quanto riguarda la prima categoria: le misure di protezione extraterritoriali non sono controverse se riposano su standard internazionali. L'art. 133 CE è lo strumento con cui la Comunità può dare attuazione ad accordi internazionali relativi al commercio. Standard di questo tipo formano il fondamento del regime di esportazione per gli alimenti per lattanti.

204. Passo alla seconda categoria di requisiti, tra cui si possono annoverare quelli previsti dalla direttiva sul tabacco. Il legislatore comunitario può vietare l'esportazione di prodotti inferiori vietati anche dal mercato interno. È infatti molto importante per l'affidabilità del commercio che non possano essere immessi sul mercato prodotti di qualità inferiore. Per il mercato interno la Corte ha riconosciuto questo motivo nella sentenza *Alpine Investments*¹⁰³. Non importa a questo proposito se si tratti di prodotti difettosi o

102 — In due cause relative al tonno un «panel» del GATT ha dichiarato che l'importazione non può essere vietata per proteggere l'ambiente di un altro paese. V. www.wto.int, Committee on Trade and Environment, GATT/WTO Dispute Settlement Practice relating to Article XX, Paragraphs (b), (d) and (g) of GATT, document symbol WT/CTE/W/53.

103 — Sentenza 10 maggio 1995, causa C-384/93 (Racc. pag. I-1141). Al punto 43 la Corte dichiara che la protezione dei consumatori sul territorio di altri Stati membri come tale non è un compito di uno Stato membro. Tuttavia la natura e la portata di siffatta protezione hanno un'influenza diretta sulla buona reputazione del commercio.

pericolosi o — come nel caso di specie — di prodotti che presentano rischi per la salute. In questo senso concordo con l'argomento addotto dalla Commissione, citato al paragrafo 184. Questa considerazione forma la base del divieto di esportare generi alimentari nocivi.

vento della Comunità potrebbe incidere sul commercio. Questo giudizio della Corte è comunque rilevante soltanto per i casi in cui sia necessario scegliere un fondamento giuridico a causa di differenze procedurali¹⁰⁵. In quei casi occorre valutare in che settore rientri principalmente un dato regime. Spesso è comunque possibile un cumulo di fondamenti giuridici.

205. In concreto la mia teoria significa che la questione relativa all'ammissibilità di misure di protezione extraterritoriale va risolta ancora soltanto per quanto riguarda misure unilaterali della Comunità europea (o di uno Stato membro) che riguardano soltanto l'esportazione e non anche il mercato interno. Considerando il contenuto della direttiva sul tabacco, non è necessario risolvere questa questione nella fattispecie.

207. Detto parere riguardava il confine tra la politica commerciale comunitaria e le competenze della Comunità relative a interesse pubblici particolari. Si può poi tracciare un altro confine tra la politica commerciale comunitaria, nel senso di commercio con paesi terzi, e il mercato interno.

4. Limiti della competenza

206. Nel parere per il Protocollo di Cartagena¹⁰⁴ la Corte osserva che l'interpretazione estensiva data dal legislatore comunitario non deve avere la conseguenza di rendere inutile una gran parte delle disposizioni specifiche del Trattato che riguardano — in quel caso — la politica ambientale, in quanto sarebbe applicabile l'art. 133 non appena si accerti che l'inter-

208. Secondo la Corte la mera circostanza che un provvedimento riguardi anche l'importazione nella Comunità non basta a rendere applicabile l'art. 133¹⁰⁶. Si trattava in quella causa di un regime uniforme per il commercio di determinati prodotti della carne. L'unico motivo per cui era implicata anche l'importazione era che il provvedimento non distingueva tra prodotti provenienti da paesi terzi e prodotti provenienti dalla Comunità europea. Quello che vale

105 — In tal senso questo parere si pone sulla stessa linea della sentenza del biossido di titanio, citata alla nota 49.

106 — Sentenza 16 novembre 1989, causa 131/87, Commissione/Consiglio (Racc. pag. 3743, punto 28).

104 — Citata alla nota 77, punto 40.

per l'importazione vale a mio giudizio anche per l'esportazione. Il semplice fatto che un requisito di composizione vigente per il mercato interno sia applicabile a prodotti fabbricati per l'esportazione in paesi terzi non implica automaticamente che l'art. 133 possa essere utilizzato come fondamento giuridico.

209. Il regolamento che disciplinava l'importazione di prodotti agricoli nell'Unione a seguito dell'incidente di Chernobyl poteva invece essere fondato sull'art. 133 CE¹⁰⁷. La Corte ha preso in considerazione soprattutto l'obiettivo perseguito dal regolamento, vale a dire l'obiettivo di garantire la salute del consumatore, di conservare l'unità del mercato e di prevenire deviazioni dei traffici commerciali senza creare inutili ostacoli al commercio tra la Comunità e paesi terzi.

210. Il parere della Corte del 15 novembre 1994¹⁰⁸ verteva sulla competenza dell'Unione a stipulare l'accordo TRIP's¹⁰⁹. La Corte ha ivi affermato che i diritti di proprietà intellettuale non hanno relazioni specifiche con il commercio esterno, ma nemmeno con quello interno. L'art. 133 non costituiva perciò in quel caso un fondamento giuridico adeguato.

211. Riassumo. La delimitazione riguardante l'art. 133 ha due dimensioni. La prima delimitazione è ampia: l'art. 133 CE può essere utilizzato a favore di interessi pubblici diversi dall'interesse del commercio internazionale vero e proprio. L'uso del potere tuttavia non può essere in contrasto con competenze specifiche conferite alle istituzioni comunitarie. Il secondo limite è più ristretto. Se una normativa mira in primo luogo a disciplinare il commercio interno, l'art. 133 non è applicabile anche se essa riguarda anche i prodotti importati o esportati.

212. Detto ciò, considero i poteri conferiti dagli artt. 95 e 133 CE come paragonabili e complementari. Ciò che l'art. 95 CE è per il mercato interno, l'art. 133 CE lo è per quello esterno. L'art. 133 CE può fungere da fondamento giuridico solo per una normativa che riguardi effettivamente il mercato esterno, le cui ripercussioni sul commercio esterno non siano meramente secondarie.

5. Valutazione della direttiva

213. Se prendo come punto di partenza le motivazioni addotte in udienza — e perciò a posteriori — dal Parlamento e dal Con-

107 — Sentenza 29 marzo 1990, Grecia/Consiglio (citata alla nota 88, punti 14-16).

108 — Parere 1/94 (Racc. pag. I-5267, punto 57).

109 — Questo accordo è stato allegato come appendice 1 C all'Accordo istitutivo dell'Organizzazione mondiale per il commercio e approvato a nome della Comunità europea con decisione del Consiglio 22 dicembre 1994, 94/800/CE (GU L 336, pag. 1).

siglio, giungo alla conclusione che l'art. 133 CE può fungere da base legale per l'efficacia esterna. A questo riguardo considero determinante l'oggetto della normativa. In concreto, il legislatore comunitario con il divieto di esportazione mira effettivamente a subordinare l'esportazione di sigarette verso paesi terzi a talune condizioni.

215. A questo riguardo devo constatare che la direttiva di cui trattasi, laddove si tratta dell'efficacia esterna, è analoga ad altre normative relative a prodotti il cui oggetto è la tutela della salute di cittadini di paesi terzi. Ho citato sopra il regolamento quadro per i generi alimentari e la normativa per gli alimenti per lattanti¹¹⁰.

214. Questo giudizio si basa sui seguenti elementi:

— l'art. 133 CE rappresenta un potere funzionale che può essere usato per fissare requisiti di qualità all'esportazione di prodotti;

— l'efficacia extraterritoriale delle misure di protezione è giustificata dal loro contenuto, ossia dal fatto che si vieta solo l'esportazione di sigarette di qualità inferiore, vietate anche sul mercato interno;

— il cumulo dei fondamenti giuridici contemplati dagli artt. 95 e 133 CE in linea di massima è possibile;

— il regime riguarda effettivamente il mercato esterno. Gli effetti esterni sono più che effetti secondari.

216. Mi ritengo tuttavia vincolato alla motivazione data dal legislatore comunitario nell'undicesimo 'considerando'. Infatti, secondo un orientamento costante della giurisprudenza relativo all'art. 253 CE, i moventi del legislatore comunitario devono essere espressi in modo chiaro ed univoco nella motivazione, in modo che gli interessati possano conoscere le ragioni che giustificano la misura adottata e la Corte possa esercitare il suo controllo¹¹¹. Se si considera questa funzione dell'obbligo di motivazione, non basta dare una motivazione a posteriori, ossia quando una questione viene sollevata per caso dinanzi alla Corte. Anche se in un procedimento dinanzi alla Corte il legislatore comunitario può chiarire la motivazione, ciò non significa che egli possa addurre in tale sede una giustificazione ex novo.

217. Come ho già osservato al paragrafo 86, secondo l'undicesimo 'considerando' l'applicabilità all'esportazione deve garantire che non vengano pregiudicate le dispo-

110 — V. precedenti paragrafi 190 e 191.

111 — V. ad esempio sentenza 8 novembre 2001, causa C-228/99, *Silos* (Racc. pag. I-8401, punto 27).

sizioni vigenti per il mercato interno. In questo modo le conseguenze della direttiva per il commercio esterno non sono altro che effetti secondari. Essi rappresentano una conseguenza del regime vigente per il mercato comune e già solo per questo motivo l'art. 133 CE non può fungere da fondamento giuridico.

218. L'obiettivo della normativa non è infatti, come risulta dal 'considerando' in esame, quello di imporre restrizioni al commercio delle sigarette con i paesi terzi. Essa non può pertanto essere considerata come un elemento della politica commerciale comune. Il fatto che abbia ripercussioni sul commercio con paesi terzi non è rilevante in questo senso. Rinvio in merito alla formulazione adottata dalla Corte nella sentenza sulla biotecnologia¹¹². In sintesi: l'applicabilità alle sigarette destinate all'esportazione rappresenta uno scopo accessorio o sussidiario della direttiva e non coincide con la ragione della sua adozione.

219. Tutte queste considerazioni mi inducono a concludere nel senso che, a torto, l'art. 133 CE è stato incluso come fondamento giuridico della direttiva. Anche la normativa relativa all'esportazione poteva e doveva essere basata sull'art. 95 CE.

G — *Conseguenza giuridica di un uso errato dell'art. 133 CE*

220. La questione che logicamente si presenta adesso è quale sia la conseguenza giuridica di questo difetto di forma, ossia se esso determini la nullità della direttiva. Rispondo negativamente a questa questione. Infatti, anche dopo il venir meno dell'art. 133 CE come fondamento giuridico resta una base giuridica sufficiente, ossia l'art. 95 CE. Anche se si considera l'iter legislativo è giusto affermare che l'art. 133 CE è sostanzialmente stato aggiunto ad *abundantiam* come base giuridica. La base legale originaria continua ad esistere anche se viene meno questo fondamento eccessivo.

221. Inoltre questo difetto di forma significa soltanto che la direttiva non è stata motivata correttamente. Un errore nel 'considerando' di una direttiva non deve essere confuso con un errore nella parte normativa, che comporterebbe il divieto di applicare la relativa disposizione. In un caso del genere la Corte è tenuta a dichiarare del tutto o in parte la nullità della direttiva. Un errore nel 'considerando' significa soltanto che la normativa non può essere fondata sulla relativa considerazione o sul relativo fondamento giuridico. Spetta poi alla Corte valutare se, anche senza questa considerazione o questo fondamento giuridico, rimanga una motivazione sufficiente.

222. Ciononostante, sono del parere che il fatto che una direttiva come questa resti in vigore in caso di un difetto di motivazione

112 — Citata alla nota 46.

non debba necessariamente costituire un invito per il legislatore comunitario a fornire una motivazione più ampia possibile. Ogni motivazione resta infatti soggetta al controllo della Corte, che a tal fine ovviamente si basa su una caratteristica essenziale del diritto comunitario, ossia il fatto che il Trattato CE conferisce limitatamente alcuni poteri al legislatore comunitario. Tale attribuzione forma l'essenza della ripartizione delle competenze tra la Comunità e gli Stati membri. L'uso corretto di tali poteri dev'essere molto preciso ed è soggetto al controllo del giudice comunitario. L'art. 7 CE afferma infatti che è un principio di diritto comunitario che un'istituzione resti entro i limiti delle competenze attribuitele.

di diritto in discussione è evidente che essi non possono comportare questa conseguenza — o almeno non considerati singolarmente. Ciò vale anche per il diritto di proprietà, nonostante la più ampia trattazione che ad esso dedicherò.

A — *Il principio di proporzionalità*

224. Per cominciare esamino qui di seguito il significato del principio di proporzionalità per tutta la direttiva. Successivamente affronto in modo più specifico il problema della proporzionalità delle norme che valgono per l'esportazione di sigarette ed infine esamino la proporzionalità dell'art. 7 della direttiva.

VII — Valutazione della prima questione: possibile violazione di principi generali di diritto

1. Valutazione in generale

223. Anche se si accerta che è stato scelto il fondamento giuridico corretto, ciò non basta a confermare la validità della direttiva, in quanto possono esistere altre ragioni di invalidità, come la violazione di principi generali di diritto. Il giudice chiede questa valutazione nei punti c) - g) della sua prima questione. In questa causa mi sembra più rilevante la questione relativa alla possibile violazione del principio di proporzionalità, in quanto solo in relazione a questo principio giuridico si può seriamente dubitare della validità. Per gli altri principi generali

225. Il controllo alla luce del principio di proporzionalità investe nel caso di specie diversi elementi. Questo sta in primo piano: il compito del legislatore comunitario di tutelare adeguatamente taluni interessi pubblici non è controverso nel caso della tutela della sanità. In ciò il legislatore comunitario non si distingue dal legislatore nazionale. Come anche affermato dalla Commissione nel presente procedimento, il controllo giurisdizionale è limitato. Si può soltanto verificare se il legislatore comunitario non si sia spinto oltre i limiti

della sua competenza. Uno di tali limiti è il principio di proporzionalità. Rinvio ai paragrafi 120 e 121 delle presenti conclusioni.

226. Nelle mie conclusioni presentate nella causa Hahn¹¹³ rinviavo alla costante giurisprudenza della Corte secondo cui la salute e la vita delle persone occupano il primo posto tra i beni e gli interessi tutelati nell'art. 30 CE. Spetta agli Stati membri, in mancanza di sufficiente armonizzazione, decidere in merito al livello a cui intendono garantire la salute e la vita delle persone. Essi godono al riguardo di un ampio margine di discrezionalità, ma devono tenere presenti le condizioni poste dalla libera circolazione della merci. Segnatamente, un regime o una prassi commerciale nazionali non ricadono nell'ambito di applicazione della deroga di cui all'art. 30 CE quando la sanità può essere garantita altrettanto adeguatamente da misure meno onerose per il commercio intracomunitario.

227. Questo carattere particolare della tutela della sanità è espresso anche nell'art. 152, n. 1, del Trattato, a tenore del quale un livello elevato di protezione della salute umana forma un elemento essenziale nella definizione e nell'attuazione di tutta la politica della Comunità

in altri settori. La Corte ha sottolineato l'importanza di questa disposizione, tra l'altro in relazione alla politica agricola comunitaria¹¹⁴.

228. Nelle stesse conclusioni presentate per la causa Hahn ho discusso il principio della precauzione. Questo principio insieme a quello dell'azione preventiva sono inclusi nel titolo dedicato all'ambiente del Trattato CE, ma sono riconosciuti dalla Corte anche come principi su cui possono essere fondate misure a tutela della sanità. La Corte ha per esempio accettato questi principi come fondamento per misure legislative di protezione contro la ESB¹¹⁵.

229. In sintesi, la tutela della sanità è un interesse pubblico che il legislatore deve poter proteggere pienamente. Il suo valore è tale che nella relativa valutazione egli deve poter subordinare ad esso altri interessi, come la libertà degli operatori di mercato. Ciò vale sia per il legislatore nazionale sia per quello comunitario, nei limiti in cui quest'ultimo si è assunto questo compito prima spettante al legislatore nazionale¹¹⁶.

113 — Conclusioni presentate il 13 dicembre 2001, relative alla sentenza 24 ottobre 2002, causa C-121/00 (Racc. pag. I-9193, paragrafo 34). La considerazione ivi contenuta risale alla sentenza 20 maggio 1976, causa 104/75, De Peijper (Racc. pag. 613).

114 — Sentenza 5 maggio 1998, causa C-180/96, Regno Unito/Commissione (citata alla nota 93, punto 120). Il Trattato prevede una disposizione simile per la tutela dell'ambiente (art. 6 CE).

115 — V. la sentenza citata alla nota precedente. La Corte segue il ragionamento secondo cui, ai sensi dell'art. 174, n. 1, CE, la tutela della salute fa parte della politica ambientale e di conseguenza questo principio di politica ambientale vale anche per la tutela della salute.

116 — V. anche i paragrafi 118 e segg. di queste conclusioni.

230. In base a tale criterio considero anche l'effetto del principio di proporzionalità. Questo principio non comporta la necessità di un raffronto tra due interessi, ma riguarda soltanto la scelta della misura che è stata o viene adottata a tutela della sanità, ossia se questa sia adeguata e se non sia disponibile un'altra misura — meno onerosa — altrettanto valida per la protezione della salute. Il giudice comunitario esercita un controllo limitato su queste questioni.

2. Valutazione sull'applicabilità all'esportazione

232. In particolare, la Corte deve accertare la proporzionalità dell'applicabilità della direttiva (del suo art. 3) alle sigarette destinate all'esportazione fuori dall'Unione europea. Nelle considerazioni che precedono (paragrafi 213 e successivi) ho constatato che questo divieto mira in primo luogo a combattere il commercio illegale delle sigarette nell'Unione europea. La questione che adesso si pone è se questo obiettivo non avrebbe potuto essere raggiunto con misure meno restrittive per il commercio. Secondo le ricorrenti il divieto alla produzione e pertanto all'esportazione di sigarette prodotte in modo non conforme ai tenori massimi permessi per la Comunità, contemplato dall'art. 3 della direttiva, sarebbe in contrasto con il principio di proporzionalità.

231. Secondo me è evidente che gli obblighi imposti dalla direttiva in questione soddisfano tali criteri. Anzi, le disposizioni relative mi sembrano adatte per definizione a contribuire alla realizzazione dell'obiettivo perseguito, vale a dire la tutela della salute. Nelle misure volte a limitare il fumo (e le sue conseguenze) il legislatore cerca di raggiungere un equilibrio tra misure che, pur essendo effettive e garantendo dei risultati concreti, tengano però conto del fatto che il consumo del tabacco non può essere integralmente vietato, o almeno che un siffatto divieto porterebbe alla nascita di un considerevole circuito illegale. Il legislatore comunitario sembra essere riuscito a trovare questo equilibrio nel caso di specie. Una misura meno onerosa che tuteli altrettanto validamente la salute non mi sembra disponibile.

233. A priori non si può affermare la proporzionalità di questo provvedimento. Esiste un'asimmetria tra il suo contenuto e il suo effetto, da un lato, e l'obiettivo da esso perseguito, dall'altro. Infatti si può presumere che l'esportazione di sigarette di regola si riferisce alla vendita e anche al consumo finale nei paesi terzi e che nella maggior parte dei casi tale consumo finale effettivamente avviene in questi paesi. Questa esportazione viene adesso assoggettata nella sua totalità a delle limitazioni, al fine di prevenire una sua conseguenza accessoria, ossia il commercio illegale di queste sigarette nella stessa Unione europea.

234. Per cominciare sia le ricorrenti sia il governo tedesco mettono in dubbio l'adeguatezza del provvedimento. Essi fanno un raffronto con il divieto di esportazione dei bovini dal Regno Unito a causa del contagio di ESB, divieto sanato dalla Corte nella sentenza Regno Unito/Commissione¹¹⁷. Secondo loro in quel caso il divieto era adeguato all'obiettivo perseguito in quanto la fonte del rischio per la salute che la normativa voleva contrastare si trovava nel Regno Unito, mentre nel caso di specie la fonte si trova in gran parte al di fuori dell'Unione europea. Il Consiglio osserva a proposito di questo ragionamento che la misura in discussione nella causa ESB era notevolmente più radicale della direttiva sul tabacco. In altre parole, dato che la direttiva sul tabacco non è idonea a bandire un rischio per la salute in modo effettivo e completo, al legislatore comunitario basta qui adottare una misura con effetti più limitati.

235. Sono dell'avviso che le ricorrenti e il governo tedesco scelgano un punto di partenza sbagliato per accertare l'adeguatezza della misura. Se il suo scopo fosse infatti quello di contrastare il consumo illegale di sigarette che non soddisfano i requisiti comunitari, essa non sarebbe adeguata, in quanto l'origine di gran parte di dette sigarette si trova al di fuori dell'Unione. Il provvedimento ha invece uno scopo molto più limitato, ossia quello di evitare che le disposizioni del mercato interno

vengano eluse perché sigarette prodotte all'interno dell'Unione, ma che non possono essere commercializzate in tale ambito, entrano lo stesso in commercio. Se si considera la limitatezza di questo scopo, si deve constatare l'adeguatezza della misura.

236. La questione se in questo caso non fosse stata più ovvia una misura meno radicale mi sembra di più difficile risoluzione. A questo riguardo è importante l'osservazione del Consiglio, anche se non sono del tutto d'accordo con essa: la portata della misura non è ristretta. Come si è detto, la misura determina un divieto totale all'esportazione di sigarette che non soddisfino i requisiti. Per contro va osservato — e questo mi sembra più importante — che non va sopravvalutata l'importanza del divieto: alcuni paesi di importazione hanno imposto alle sigarette requisiti simili — o addirittura più severi —: è in preparazione una serie di norme internazionali per le sigarette; inoltre, il fatto che l'Unione europea garantisca che non vengano immesse sul mercato mondiale sigarette di qualità inferiore può aumentare la fiducia dei consumatori di paesi terzi nelle sigarette europee.

237. Per me è evidente che occorre un divieto di produzione per raggiungere

117 — Citata alla nota 93.

l'obiettivo perseguito dalla misura. Ricordo al riguardo ¹¹⁸:

— il rischio dello sviluppo di un mercato illegale è considerevole, sia tramite la reimportazione sia tramite l'arrivo diretto di prodotti sul mercato illegale;

— per contrastare tale fenomeno è richiesta un'azione comunitaria. Misure unilaterali nazionali non sono efficaci ai fini del controllo;

— misure unilaterali nazionali comportano inoltre una notevole perturbazione del mercato interno.

238. Non vedo quale provvedimento meno radicale possa offrire la stessa tutela offerta da un divieto di produzione. Come misure meno onerose si potrebbe pensare, ad esempio, ad obblighi di separare i flussi di produzione, eventualmente integrati da prove inconfutabili da parte del produttore che le sigarette sono state effettivamente esportate. Qualunque sia l'efficacia di simili provvedimenti, essi non riusciranno mai mai a contrastare pienamente la crea-

zione di un circuito illegale. Una parte di tale circuito è infatti originato dalla reimportazione. Anche se, grazie ad una legislazione comunitaria di facile attuazione, si raggiungesse una situazione in cui tutte — o quasi tutte — le sigarette destinate all'esportazione vengono effettivamente esportate, ciò non farebbe che rendere più allettante la reimportazione illegale.

3. Valutazione in relazione all'art. 7

239. Le ricorrenti nel giudizio principale, la Japan Tobacco e anche il governo greco contestano la proporzionalità del disposto dell'art. 7 della direttiva, secondo l'interpretazione che ne viene data nel ventisettesimo 'considerando'. Gli argomenti da essi addotti consistono in primo luogo nell'affermazione che la misura non sarebbe adeguata a tutelare la salute e, in secondo luogo, nell'assunto che esisterebbe un'alternativa meno onerosa.

240. L'argomento più sostanziale contro l'adeguatezza dell'art.7 recita che esso sarebbe in contrasto con gli artt. 3 e 5 della direttiva. In sintesi: mentre gli artt. 3 e 5 contentono misure che cercano di stimolare il fumatore a scegliere sigarette più leggere, l'art. 7 gli crea invece un ostacolo in tale scelta. La Japan Tobacco sostiene a

118 — V. paragrafi 159-163 di queste conclusioni.

questo riguardo che le diciture vietate dall'art. 7 — chiamate anche descrittive — hanno uno scopo utile: esse danno al consumatore informazioni sul tenore di catrame e nicotina del prodotto del tabacco. Dato che l'art. 7 vieta l'uso di diciture descrittive, sono negate al consumatore certe informazioni.

241. Tutto ciò implica che questa misura non sarebbe adeguata a tutelare la salute. Questi argomenti vengono respinti, in particolare con l'affermazione che le denominazioni vietate dall'art. 7 non contengono informazioni oggettive, ma sono invece ingannevoli per il consumatore in quanto suggeriscono che un determinato prodotto del tabacco sarebbe meno nocivo di altri.

242. Questa discussione riposa tra l'altro su una controversia relativa a quanto le sigarette con un tenore di catrame inferiore siano meno nocive di quelle con un tenore superiore. Gli argomenti e le prove addotti nel presente procedimento non risolvono la controversia. Da un lato, mi sembra essere sufficientemente provato che una sigaretta con un tenore inferiore di catrame di per sé è meno dannosa di una con un tenore superiore. Su questa constatazione si è basato anche il legislatore comunitario. Per questo motivo l'art. 3 della direttiva inasprisce il tenore massimo di catrame. Il

quinto 'considerando' mette esplicitamente in relazione tra loro tale inasprimento e la cancerogenità. D'altro lato, è stata anche la Commissione ad osservare nel presente procedimento che le sigarette con un tenore di catrame basso contengono un'alta percentuale di componenti nocive e sono per questo comunque dannose. Inoltre non è assurdo pensare che un fumatore fumi più sigarette se queste hanno un contenuto di catrame più basso. Cito il ventisettesimo 'considerando': «Le abitudini di fumo e la dipendenza, e non solo il contenuto di talune sostanze nel prodotto prima del consumo, determinano il livello delle sostanze inalate.» In sintesi, si può dubitare che il passaggio dei fumatori da sigarette più pesanti ad altre più leggere rappresenti sempre un guadagno per la salute.

243. Un altro elemento della controversia è legato a questo: l'effetto previsto della misura per la salute. Le opinioni su questa prognosi sono discordanti, come risulta dal contributo dei vari intervenienti nel procedimento. Né mi stupisce il fatto che non esiste una previsione univoca: bisognerà infatti valutare in che misura il fumatore modificherà il suo comportamento a seguito della scomparsa di diciture come «light» e «mild».

244. Entrambi i punti controversi circoscrivono l'ambito di questo provvedimento.

Per poter dare una risposta valida alla questione dell'adeguatezza della misura a tutelare la salute pubblica approfondisco ulteriormente il suo contenuto.

245. In primo luogo, non viene limitata la possibilità di dare informazioni oggettive sulla composizione dei prodotti del tabacco. In secondo luogo — come rileva tra l'altro il governo francese — l'art. 7 della direttiva non vieta tutte le presentazioni e le denominazioni di sigarette che possono tentare il consumatore e ottenerne la fiducia, ma solo quelle che destano il suggerimento che un determinato prodotto del tabacco sia meno nocivo di altri. In altre parole, si tratta di un divieto di denominazioni ingannevoli, che possono confondere il consumatore. Queste diciture descrittive vengono utilizzate per sottolineare diverse caratteristiche delle sigarette, a volte senza che esista nemmeno un rapporto con il loro tenore di catrame. Si può ad esempio usare «mild», come ha osservato in udienza il governo olandese, per indicare la sensazione gustativa. Ricordo ancora un secondo elemento di possibile confusione: anche le sigarette «più leggere» hanno un tenore di catrame. I fumatori possono essere tratti in inganno in quanto si dá loro l'errata impressione che si tratti di prodotti innocui, il che non è vero, soprattutto perché le sigarette contengono anche altre sostanze velenose non considerate dalla direttiva.

246. In sintesi, si tratta di una disposizione che vieta un limitato numero di denominazioni correnti che possono confondere il consumatore, particolarmente in merito alla dannosità del prodotto. Una siffatta disposizione mi sembra essere in generale uno strumento adeguato a tutela della salute pubblica.

247. Questo strumento è sicuramente adatto se si considera il serio dubbio che esiste sulla questione se il passaggio dei consumatori a sigarette con un basso tenore di catrame sia vantaggioso per la salute. Per questo motivo il legislatore comunitario ha potuto decidere di vietare l'uso delle diciture descrittive, in quanto queste contengono un implicito incoraggiamento a fumare sigarette con un tenore di catrame più basso.

248. Ma anche se accetto la tesi secondo cui le sigarette con un tenore di catrame inferiore sono meno nocive per la salute, il legislatore comunitario potrebbe comunque trarre la conclusione che l'uso di dette diciture descrittive deve essere combattuto. Si tratta infatti di diciture eufemistiche che mirano ad incoraggiare il consumatore al consumo, mentre è accertato che anche le sigarette con un tenore di catrame inferiore sono nocive alla salute — anche se in misura minore. Inoltre, e questo è più importante, l'uso di queste denominazioni non ha nessun rapporto con dati oggettivi,

come il tenore di catrame. Anche in questo le diciture di cui trattasi differiscono dalle indicazioni del tenore di catrame, di nicotina e di monossido di carbonio, che devono essere obbligatoriamente apportate sul pacchetto in virtù dell'art. 5, n. 1. Mentre questi tenori informano il consumatore esclusivamente in modo oggettivo, le diciture descrittive includono come detto una qualificazione eufemistica e non si limitano pertanto a dare informazioni oggettive.

249. Nelle considerazioni che precedono ho accennato — come secondo punto della controversia — al prevedibile effetto dell'art. 7 della direttiva. Questo effetto, ossia un mutamento del comportamento dei fumatori, è difficile da dimostrare. Tuttavia, a mio giudizio, il legislatore comunitario non è nemmeno tenuto a dimostrarlo. Egli infatti, nella scelta degli strumenti a tutela della salute, ha un ampio margine di discrezionalità, ed è tenuto a rispettare il principio della precauzione, e la misura rientra inoltre nella politica comunitaria di disincentivazione del fumo. Anzi, questa politica di disincentivazione viene contrastata se si ammettono denominazioni che possono invece incoraggiare il cittadino a fumare.

250. In sintesi, ritengo che l'art. 7 sia adeguato a tutelare la sanità. La questione successiva è se sia disponibile un'altra misura che offra una tutela altrettanto

valida. Nel caso di specie è stata citata la normativa vigente nel Regno di Spagna, dove l'uso di diciture come «light» e «ultralight» è ammesso solo per sigarette con determinati tenori di catrame bassi, o bassissimi. È stato in particolare il governo greco a sottolineare che l'uso di diciture descrittive — nel modo in cui è permesso dalla legislazione spagnola — serve proprio a contribuire ad un'informazione diretta ed oggettiva del consumatore, senza compromettere gravemente gli interessi economici dei fabbricanti.

251. A mio avviso la Corte non è tenuta ad esaminare in ogni aspetto se una siffatta misura, che incontestabilmente forma una restrizione meno grave agli scambi commerciali, protegga altrettanto bene la salute pubblica. Il legislatore comunitario ha una libertà di giudizio nella scelta dello strumento più adeguato. La Corte valuta soltanto se il legislatore comunitario abbia ragionevolmente potuto arrivare alla conclusione che la variante spagnola non tutela altrettanto efficacemente la salute. Considerato quanto da me sopra affermato in merito al carattere eufemistico delle diciture descrittive, ciò mi sembra confermato. Anche se l'uso di tali diciture è oggettivizzato in quanto messo in rapporto a determinati tenori di catrame, queste sono e restano denominazioni che possono incoraggiare il fumo.

4. In sintesi

252. La direttiva soddisfa il principio di proporzionalità. Ciò vale per tutti i suoi elementi.

B — *Limitazione dei diritti di proprietà (intellettuale)*

1. Delimitazione

253. Le ricorrenti affermano che gli artt. 5 e 7 della direttiva sono in contrasto con l'art. 295 CE, che stabilisce che il Trattato lascia impregiudicato il regime del diritto di proprietà negli Stati membri. Queste disposizioni della direttiva sarebbero in contrasto anche con il diritto alla proprietà sancito tra l'altro nella Convenzione europea sui diritti dell'uomo e/o con l'art. 20 dell'accordo TRIP's¹¹⁹.

254. Più in particolare, le ricorrenti considerano gli artt. 5 e 7 come una grave violazione dei loro diritti di proprietà intellettuale, per quanto riguarda le dimensioni delle avvertenze di carattere sanitario

sui pacchetti di sigarette. La direttiva impedirebbe il legittimo sfruttamento e diminuirebbe l'avviamento ottenuto dai marchi. Anche la Japan Tobacco sostiene che i fabbricanti di sigarette, a causa del divieto di cui all'art. 7, non potrebbero più esercitare i loro diritti relativi a taluni marchi registrati. Essa ritiene che l'art. 7 della direttiva le impedisca l'esercizio dei suoi diritti di proprietà intellettuale, in quanto non può più utilizzare nella Comunità la marca Mild Seven come marchio commerciale¹²⁰, e le viene in tal modo sottratto il vantaggio economico delle licenze esclusive sul marchio. In udienza la Japan Tobacco ha dichiarato che il regime di cui all'art. 7 la deruberà di una delle sue principali voci in attivo. Il governo greco condivide la tesi secondo cui il divieto viola i diritti di proprietà intellettuale dei fabbricanti di sigarette.

255. Qui di seguito approfondisco il tema della possibile violazione del diritto di proprietà (intellettuale). Prima constato tuttavia che vengono invocate due norme di diritto non rilevanti ai fini del caso di specie. Si tratta dell'art. 295 CE e dell'accordo TRIP's.

256. Per quanto riguarda l'art. 295 i governi britannico, francese e belga fanno giustamente rilevare che le disposizioni

120 — In udienza la Japan Tobacco ha sostenuto che il termine «mild» in Mild Seven è stato dichiarato non ingannevole in una recente decisione dell'Autorità olandese per la pubblicità.

della direttiva non riguardano il regime della proprietà negli Stati membri ai sensi dell'art. 295 CE. La direttiva non fa altro che imporre una limitazione all'uso di determinati diritti di proprietà dei fabbricanti di sigarette. Non si può invocare l'art. 295 CE per respingere una limitazione dell'esercizio di diritti di proprietà derivante dall'applicazione di norme comunitarie¹²¹.

257. In relazione all'accordo TRIP's osservo quanto segue. Più di una volta la Corte ha dichiarato che gli accordi del WTO, tenuto conto della loro natura e della loro economia, in linea di principio non figurano tra le normative alla luce delle quali la Corte controlla la legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie¹²². La Corte ammette però che esistono alcune eccezioni a questa regola — così definisce la Corte gli «obblighi particolari» assunti nel contesto del WTO — ma nella sentenza Dior¹²³ essa afferma che l'accordo TRIP's non è idoneo a creare in capo ai singoli diritti che questi possano invocare direttamente dinanzi al giudice in forza del diritto comunitario.

258. Nella sentenza Dior la Corte riconosce tuttavia che l'accordo TRIP's può avere

un certo significato nel procedimento dinanzi al giudice nazionale¹²⁴. A questo riguardo rinvio allo stesso accordo TRIP's, che non osta a che una parte all'accordo stesso limiti l'uso di un marchio per gravi ragioni di interesse pubblico. La valutazione che dovrebbe allora svolgersi dinanzi al giudice nazionale in virtù dell'accordo TRIP's nulla aggiunge tuttavia alla valutazione che deve comunque avvenire a norma del Trattato CE. In sintesi, l'accordo TRIP's già solo per questo motivo non è in alcun modo rilevante ai fini della valutazione della legittimità dell'ingerenza nel diritto di proprietà.

2. Diritto di proprietà nel diritto comunitario

259. Il diritto di proprietà non è un diritto riconosciuto come tale dal Trattato CE o dell'Unione. L'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹²⁵ riconosce invece il diritto di proprietà (e la tutela della proprietà intellettuale). Nella situazione di diritto vigente mi sembra più rilevante il disposto dell'art. 6 UE, in virtù del quale l'Unione europea rispetta i diritti fondamentali, come quelli garantiti dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo, come principi generali del diritto comunitario. Uno di tali diritti fonamen-

121 — V., a questo riguardo, sentenza della Corte 6 novembre 1984, causa 182/83, Fearon (Racc. pag. 3677, punto 7), in cui la Corte giudica che il diritto degli Stati membri di disciplinare la proprietà non può sfuggire ai limiti derivanti dal principio fondamentale di non discriminazione, come tale tutelato nel Trattato CE.

122 — V., tra l'altro, sentenza 23 novembre 1999, causa C-149/96, Portogallo/Consiglio (Racc. pag. I-8395, punto 47).

123 — Sentenza 14 dicembre 2000, cause riunite C-300/98 e C-392/98, Dior e a. (Racc. pag. I-11307, punto 44).

124 — V., in particolare, i punti 47 e 48 della sentenza citata alla nota precedente.

125 — Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (GU 2000 C 364, pag. 1).

tali è il diritto di proprietà, ai sensi dell'art. 1, Primo Protocollo della Convenzione.

260. La Corte ha comunque anche più volte riconosciuto esplicitamente il significato del diritto di proprietà nell'ordinamento giuridico comunitario¹²⁶. Secondo un orientamento costante della Corte, l'esercizio di questo diritto può tuttavia essere soggetto a limitazioni, nei limiti in cui siffatte limitazioni rispondono effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità. Inoltre queste limitazioni, tenendo presente l'obiettivo perseguito, non devono potersi considerare come un'ingerenza sproporzionata e inammissibile, che danneggi i diritti garantiti nella loro stessa essenza¹²⁷.

261. Nel caso di specie è pacifico che le limitazioni del diritto di proprietà sono dettate da un interesse pubblico. Per risolvere la questione se in questa situazione l'ingerenza sia sproporzionata ed inammissibile, a mio giudizio bisogna valutare quanto segue. Occorre innanzitutto verificare se un'ingerenza, considerata la sua natura, sia di per sé legittima. Successivamente, nel caso di un'ingerenza legittima, va risolta la questione se comunque non ci sia una violazione del principio di certezza del diritto o di quello di legittimo affidamento.

126 — V., tra l'altro, sentenza 13 dicembre 1979, causa 44/79, Hauer (Racc. pag. 3727, punto 17).

127 — Questa giurisprudenza si è sviluppata nell'ambito della politica agricola comunitaria. V. sentenza 13 luglio 1989, causa 5/88, Wachauf (Racc. pag. 2609, punto 18) e, più di recente, sentenza 13 aprile 2000, causa C-292/97, Karlsson e a. (Racc. pag. I-2737, punto 45).

262. Comincio col valutare la portata dell'intervento. In che misura viene adesso limitato il godimento della proprietà, intaccando la sostanza del diritto garantito? Senza entrare nei dettagli su questo punto (tralascio per ora di considerare l'eventuale violazione del marchio): il godimento non viene limitato in modo particolare o intaccato. Ciò non vale per il godimento della proprietà di un'unità di produzione di sigarette. Anche dopo il recepimento della direttiva resta possibile sfruttare questa unità e produrvi sigarette; solo la composizione e l'etichettatura di queste sigarette devono essere adeguate. Ciò non avviene nemmeno per il godimento della proprietà dei prodotti stessi: come spesso avviene nella normativa sui prodotti, il titolare dovrà adeguare la composizione e l'etichettatura del suo prodotto e riceverà a tale fine un termine transitorio che gli permetta di disfarsi delle scorte esistenti. I nuovi prodotti del tabacco che produrrà e metterà in commercio devono soddisfare determinati requisiti di composizione e di etichettatura, che nulla hanno a che fare con una limitazione del diritto di proprietà sui prodotti.

263. In sintesi: tenendo conto dell'obiettivo perseguito le misure adottate non costituiscono affatto un'ingerenza sproporzionata ed inammissibile nel diritto di proprietà. Non occorre pertanto che io valuti una possibile violazione del principio di certezza del diritto o del legittimo affidamento.

3. Diritto di proprietà intellettuale

264. Mi concentro adesso sul diritto alla proprietà intellettuale, o, segnatamente, sul diritto ai marchi. La violazione del godimento del diritto ai marchi determinata dalla direttiva può essere considerevole. Determinati marchi non possono più essere usati del tutto, in conseguenza dell'art. 7 della direttiva, mentre la dimensione delle avvertenze di carattere sanitario ai sensi dell'art. 5 può causare una sensibile diminuzione del potere distintivo del marchio su un pacchetto di sigarette. Questo diminuisce la possibilità di ricevere una compensazione per gli investimenti fatti nello sviluppo del marchio e può pertanto causare un danno notevole.

265. Anche per il diritto ai marchi vale l'affermazione che il suo esercizio può essere soggetto a limitazioni dettate dall'interesse generale¹²⁸, ma che ciò non può determinare un intaccamento della sostanza del diritto.

266. Non vedo come gli obblighi che derivano dall'art. 5 possano essere considerati come una lesione della sostanza del diritto ai marchi. Il marchio può apparire sulla confezione. Solo una parte di questa — addirittura inferiore al 50% — deve essere riservata per le indicazioni e le

avvertenze prescritte dall'art. 5. Inoltre l'essenza del diritto ai marchi non è costituita da un diritto nei confronti dei poteri pubblici di poter usare un marchio senza interferenze causate da disposizioni di diritto pubblico. Al contrario, il diritto ai marchi è nella sua essenza un diritto che può essere esercitato nei confronti di altri privati se questi violano lo sfruttamento da parte del titolare. Solo se non è più possibile alcuno sfruttamento normale in conseguenza di disposizioni di diritto pubblico può configurarsi una situazione in cui, a causa di queste disposizioni, è lesa la sostanza stessa del diritto.

267. Per il divieto di cui all'art. 7 la situazione è un po' più complicata. Questo articolo vieta infatti l'uso di determinati marchi per prodotti del tabacco, come il marchio usato dalla Japan Tobacco Mild Seven, o di parti di marchi, come la parola «light» come elemento distintivo. Per il marchio Mild Seven va poi detto, come sostiene anche la Japan Tobacco, che esso non può essere adattato eliminando l'aggiunta «mild». Osservo comunque¹²⁹ che è proprio la parola «mild» come elemento del marchio Mild Seven che può essere ingannevole per il consumatore. Nel presente procedimento è risultato infatti che con il marchio Mild Seven sono commercializzate sigarette con tenori di catrame molto diversi.

128 — Come già da me indicato al paragrafo 261, questo interesse non è in discussione in questa sede.

129 — Questo ha sostenuto in udienza anche la Commissione.

268. Sono dell'avviso che l'art. 7 comunque non sia in contrasto con il diritto di proprietà (intellettuale). Baso questo giudizio non su una risposta alla questione se lo sfruttamento del diritto al marchio nel caso di specie venga leso nella sostanza, ma ragiono invece basandomi proprio sul diritto dei marchi. Esso infatti di per sé non è un diritto inviolabile. La stessa normativa comunitaria prevede alcuni motivi di nullità nel settore del diritto dei marchi.

269. Nel caso di specie è rilevante in particolare l'art. 3, n. 1, prima frase, lett. g), della direttiva sui marchi 89/104¹³⁰. Un marchio che potrebbe trarre in inganno il pubblico può essere dichiarato nullo in virtù di questa disposizione. Per il marchio comunitario questa forma di nullità è prevista in virtù dell'art. 51, prima frase, lett. a), in combinato disposto con l'art. 7, n. 1, prima frase, lett. g), del regolamento del Consiglio 20 dicembre 1993, 40/94/CE, sul marchio comunitario¹³¹.

270. L'art. 7 della direttiva, che peraltro rinvia esplicitamente ai marchi commerciali, vieta determinate denominazioni con un significato ingannevole. In sintesi, si tratta di denominazioni che possono trarre in inganno il pubblico. In questo modo l'art. 7

vieta soltanto l'esercizio di un diritto di marchio in una circostanza in cui questo diritto già di per sé non è inviolabile.

271. In una siffatta eventualità non si può affermare che l'essenza del diritto sia stata illegittimamente intaccata. Non è pertanto necessario valutare la portata dell'ingerenza, in relazione ad un sua eventuale sproporzionalità o inammissibilità.

272. Aggiungo solo questo. Ambedue le normative comunitarie citate relative al diritto dei marchi prevedono ancora un motivo rilevante di nullità, ossia la contrarietà all'ordine pubblico o alla morale. Un marchio che rientri nell'ambito del divieto amministrativo di denominazione a tutela della salute pubblica, di cui all'art. 7 della direttiva, a mio avviso è nullo a causa della sua contrarietà all'ordine pubblico.

273. Ad abundantiam ricordo ancora che personalmente non sono convinto che l'ingerenza sia sproporzionata o inammissibile. Il Consiglio rinvia a questo riguardo alla sentenza *Estée Lauder*¹³², relativa ad un prodotto cosmetico la cui denominazione contiene la parola «lifting». La Corte ha in tal caso accettato un regime nazionale che vietava l'importazione e la vendita di

130 — Prima direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, 89/104/CEE, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa (GU L 40, pag. 1).

131 — GU L 11, pag. 1.

132 — Sentenza 13 gennaio 2000, causa C-220/98 (Racc. pag. I-117). Non si trattava nella fattispecie di un diritto di marchio.

questo prodotto. Come in tale causa, anche nel caso di specie si discute il divieto di usare denominazioni specifiche con una determinata carica psicologica. L'ingerenza in un diritto di marchio è solo un effetto secondario di una disposizione qualora tale indicazione faccia parte di un marchio. Questo effetto non basta tuttavia a rendere illegittima la disposizione. Secondo una giurisprudenza costante occorre poi considerare l'obiettivo perseguito. Questo obiettivo giustificherà nella fattispecie un'ingerenza piuttosto considerevole. Infine mi sembra importante il fatto che la direttiva in questione prevede per l'art. 7 un termine di transizione fino al 30 settembre 2003, che permette alle ditte di investire in marchi nuovi.

274. Se, come sopra constatato, l'ingerenza è legittima, c'è forse una violazione del principio della certezza del diritto, e in particolare del legittimo affidamento? Un imprenditore deve in generale poter contare sulla legislazione che vige nel momento in cui prende una decisione commerciale. Questo principio del legittimo affidamento, come ho affermato nelle mie conclusioni presentate per la causa *Silos*¹³³, si esprime in due forme di affidamento meritevoli di

tutela. In primo luogo, si tratta della tutela contro la violazione di diritti esistenti. Questo diritto, come affermato nelle citate conclusioni, non è assoluto. In secondo luogo, il principio del legittimo affidamento riguarda la protezione di legittime previsioni.

275. Se si applica il principio del legittimo affidamento al caso di specie, occorre risolvere la seguente questione. In che limiti un produttore di sigarette, nel momento in cui prende le sue decisioni commerciali, può contare sul fatto che la legislazione relativa alla composizione e all'etichettatura delle sigarette rimarrà invariata?

276. Questa questione ha un carattere piuttosto retorico. Un imprenditore che opera per qualunque prodotto dovrà infatti tenere conto del fatto che i requisiti di composizione per lui vigenti non rimarranno invariati senza limiti di tempo. Siffatti requisiti — tecnici — sono infatti per loro natura legati al momento e al luogo. Ciò vale a fortiori per le norme relative alle sigarette. Le conoscenze scientifiche sulla dannosità del fumo e il loro apprezzamento sociale si evolvono molto rapidamente. Allora è soltanto logico che anche la normativa corrispondente cambi rapidamente. L'industria del tabacco ne è perfettamente al corrente.

133 — Conclusioni presentate il 3 aprile 2001 per la sentenza 8 novembre 2001, citata alla nota 111, paragrafi 46 e segg.

277. Anche in relazione al diritto dei marchi non sussiste una violazione del principio della certezza del diritto o del legittimo affidamento. In primo luogo, la direttiva — e segnatamente il divieto di cui all'art. 7 — non è campata in aria: le misure più importanti da essa introdotte, tra cui l'art. 7, si riscontrano già nella comunicazione della Commissione 18 dicembre 1996¹³⁴. Un imprenditore accorto avrebbe pertanto potuto adeguare la sua strategia di marketing optando per un marchio comportante meno rischi. In secondo luogo, l'imprenditore assume un certo rischio già nel momento in cui sceglie un marchio che desta l'impressione che il prodotto non sia nocivo, anche se questa impressione non è stata destata consapevolmente. Infatti, in virtù della tutela del diritto dei marchi offerta dal diritto comunitario, il diritto ad usare un certo marchio non è inviolabile se esso può indurre in errore il pubblico. Ho già trattato questo argomento ai paragrafi 268 e segg.

Commissione 18 dicembre 1996. Inoltre il marchio era distribuito in un solo Stato membro. In queste circostanze è pacifico che non sussista alcuna violazione del principio della certezza del diritto o del legittimo affidamento.

C — Altri principi di diritto

279. Il giudice del rinvio richiama ancora tre principi generali di diritto che possono essere rilevanti per la validità della direttiva: si tratta dell'obbligo di motivazione, del principio di sussidiarietà e dell'abuso di potere.

1. Obbligo della motivazione

278. In via illustrativa ricordo la posizione della Japan Tobacco, l'impresa che sembra subire il danno più grave in conseguenza dell'art. 7 della direttiva. Secondo quanto da essa sostenuto in udienza, e non contraddetto da nessuno, il marchio Mild Seven al momento dell'adozione della direttiva era stato introdotto nell'Unione europea solo da pochissimo tempo, in ogni caso molto dopo la comunicazione della

280. Gli argomenti addotti in merito alla possibile violazione dell'obbligo di motivazione sono di duplice natura. Il primo tipo di argomenti verte sulla motivazione effettiva e scientifica della direttiva. Ricordo la tesi delle ricorrenti secondo cui una legislazione ex novo deve fondarsi su nuovi sviluppi che si fondano a loro volta su riscontri scientifici. Il 'considerando' della direttiva tuttavia non fa alcun riferimento a riscontri scientifici. Il secondo tipo di argomenti riguarda la motivazione adottata nell'undicesimo 'considerando'. Il governo

134 — V. paragrafo 67 di queste conclusioni.

greco osserva tra l'altro che il rinvio all'art. 133 CE non menziona quale aspetto della politica commerciale comunitaria venga realizzato introducendo il divieto della produzione destinata all'esportazione. Secondo il governo tedesco il 'considerando' in esame non indica come la tutela della salute nella Comunità venga influenzata dalla reimportazione illegale di prodotti del tabacco prodotti nella Comunità.

281. Contro questo argomento si sostiene invece che il legislatore comunitario non è tenuto a motivare ogni sua singola scelta, né a rinviare a riscontri scientifici.

282. L'obbligo di motivazione è stato trattato in precedenza in un punto importante. Esso era la ragione per cui, a mio avviso, l'art. 133 CE non può costituire il fondamento giuridico della direttiva. L'argomento del governo greco viene pertanto accolto.

283. La motivazione di cui all'undicesimo 'considerando' è stata discussa più in generale nella trattazione del divieto di produzione (v. VI — D). Questo divieto poteva essere giustificato dalla motivazione — seppure sommaria — fornita dal 'considerando'. Infatti, secondo un orientamento costante della giurisprudenza della

Corte, non tutti i dati devono essere specificati. Osservo in merito che il 'considerando' non menziona il rischio di distorsioni di concorrenza come fondamento per la direttiva. Per questo motivo la tesi di cui ai paragrafi 161 e segg. ha il carattere di una considerazione formulata ad abundantiam.

284. Per il resto, il 'considerando' di cui trattasi fornisce un'ampia motivazione dei motivi che hanno portato all'adozione della direttiva. Non occorre rinviare a riscontri scientifici, soprattutto perché si tratta di misure che mirano a combattere il fumo. Inoltre, il legislatore può prendere in considerazione non solo riscontri scientifici, ma anche l'apprezzamento sociale.

2. Principio di sussidiarietà

285. La questione inerente alla sussidiarietà mi sembra di facile soluzione. Come nella sentenza sulla biotecnologia¹³⁵, la Corte può constatare senza una motivazione troppo estesa che il relativo principio non è stato violato. In primo luogo, il principio di sussidiarietà è una nozione dinamica, che lascia il necessario margine alla valutazione del legislatore europeo; in

135 — Citata alla nota 46, punti 30 e segg. della sentenza.

secondo luogo, la necessità di un intervento comunitario è ampiamente motivata¹³⁶, ed infine la direttiva si inserisce bene nelle linee guida del protocollo sulla sussidiarietà¹³⁷. Dopo aver concluso nella presente causa che un intervento del legislatore comunitario era necessario in virtù dell'art. 95, non riconosco più alcuna importanza al controllo della sussidiarietà. Riguardo a questa direttiva rinvio in particolare:

- al paragrafo 130 delle presenti conclusioni, dove constatavo che il regime si fonda sulle differenze — concrete o potenziali — tra le legislazioni dei vari Stati membri, che potevano causare delle restrizioni al commercio;
- ai paragrafi 159-163 delle stesse conclusioni, in cui accertavo che un divieto di produzione nazionale non sarebbe né efficace né concepibile.

3. Abuso di potere

286. Infine esamino l'abuso di potere. Secondo la giurisprudenza della Corte, sussiste abuso di potere per un certo atto

136 — V. le considerazioni del preambolo, segnatamente il 33esimo 'considerando'.

137 — Protocollo relativo all'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, allegato al Trattato di Amsterdam.

solo se esistono indicazioni oggettive, pertinenti e concordanti che l'atto medesimo sia stato adottato esclusivamente o almeno principalmente per perseguire obiettivi diversi da quelli menzionati, oppure per eludere una speciale procedura prevista dal Trattato per affrontare le relative circostanze.

287. Se applico questa giurisprudenza al caso di specie giungo alla conclusione che, in un caso in cui è in discussione il fondamento giuridico di una normativa comunitaria, al principio di abuso di potere non spetta alcun significato autonomo. La Corte può stabilire che è stato scelto il fondamento giuridico corretto, confermando in tal modo che il legislatore comunitario usa in modo giusto il potere conferitogli. Non sussiste allora alcun abuso di potere. La Corte può anche stabilire invece che non è stato scelto il fondamento giuridico corretto, e dichiarare pertanto nulla la normativa. Essa non dovrà pertanto risolvere la questione se ci sia stato abuso di potere.

VIII — Valutazione della seconda questione

A — Argomenti addotti

288. Secondo le ricorrenti, la Japan Tobacco, i governi greco, irlandese, lussembur-

ghese, olandese e svedese, e secondo il Parlamento, il Consiglio e la Commissione l'art. 7 della direttiva si applica solo ai prodotti del tabacco commercializzati all'interno della Comunità europea. I governi britannico, belga, francese, italiano e finlandese sostengono invece che l'art. 7 riguarda anche prodotti del tabacco fabbricati nella Comunità e destinati all'esportazione in paesi terzi.

quanto l'art. 7 ha il fine di prevenire l'elusione dei requisiti di etichettatura di cui all'art. 5. Ciò significherebbe che l'ambito di applicazione territoriale dell'art. 7 coincide con quello dell'art. 5. L'art. 5, a causa del requisito linguistico, può applicarsi soltanto ai prodotti del tabacco nell'ambito del mercato interno.

289. Gli argomenti principali addotti dal primo gruppo di intervenienti a favore di un'interpretazione restrittiva sono i seguenti:

— Dalla formulazione dell'art. 7 non risulta che un'efficacia extraterritoriale sia perseguita e pertanto il divieto non ha una siffatta efficacia. Il Consiglio riconosce comunque in merito che l'art. 7 non limita nemmeno esplicitamente l'efficacia territoriale.

— Un allargamento del divieto ai prodotti del tabacco destinati all'esportazione non è idoneo a prevenire l'elusione delle disposizioni del mercato interno.

— L'art. 7 non può essere considerato indipendentemente dall'art. 5, in

290. Gli argomenti principali del secondo gruppo di intervenienti a favore di un'interpretazione estensiva sono invece:

— Dalla formulazione dell'art. 7, secondo cui talune denominazioni non possono più essere utilizzate sulle confezioni di prodotti del tabacco, non risulta che questo articolo riguardi esclusivamente le sigarette destinate al mercato interno.

— L'applicazione dell'art. 7 all'esportazione è giustificata a causa del rischio reale di commercio illegale.

— L'art. 7 costituisce un'integrazione necessaria degli artt. 3 e 5. Senza l'art. 7 viene minata l'efficacia di questi articoli. Per questo motivo l'art. 7 ha lo stesso ambito di applicazione degli artt. 3 e 5.

— L'art. 152, n. 1, CE, richiede che un alto livello di protezione sia assicurato dall'intervento e dalla politica della Comunità. Questo obbligo riguarda anche la politica commerciale comunitaria. Secondo il governo britannico questo comporta che, se il legislatore comunitario avesse voluto escludere il commercio verso paesi terzi, l'avrebbe esplicitamente escluso all'art. 7 della direttiva.

che dall'art. 7. Si tratta dell'obbligo di composizione di cui all'art. 3 e dell'obbligo di etichettatura di cui all'art. 5. L'art. 3 riguarda tra l'altro la produzione destinata all'esportazione e lo afferma esplicitamente. L'art. 5 invece tace sul suo ambito di applicazione. Ciononostante, da un'attenta lettura di questo articolo risulta che esso non può essere inteso anche per l'esportazione in paesi terzi. Le avvertenze che devono essere apposte sui pacchetti di sigarette ai sensi dell'art. 5 devono infatti essere redatte in una lingua ufficiale di uno Stato membro. Questo requisito linguistico, elemento essenziale dell'obbligo di cui all'art. 5, è privo di contenuto nel caso di esportazione in paesi terzi.

B — *Valutazione*

291. A mio avviso, occorre partire dalla premessa che il testo della direttiva non offre una soluzione per la questione se l'art. 7 si applichi o meno anche alla produzione di sigarette destinate all'esportazione in paesi terzi. Il testo non è inequivocabile, come è mostrato dal fatto che i termini della direttiva sono invocati sia da coloro che sono favorevoli ad un effetto esterno, sia da coloro che lo negano. In tal caso il giudice comunitario dispone di diversi metodi di interpretazione.

292. A mio avviso, il criterio più sicuro è offerto nella specie dall'interpretazione sistematica, con riferimento ai due obblighi principali che derivano dalla direttiva, oltre

293. Al pari dell'art. 5 e contrariamente all'art. 3, l'art. 7 tace proprio in merito al suo ambito di applicazione e già solo per questo motivo dovrebbe essere interpretato analogicamente all'art. 5. Inoltre, l'art. 7 anche per quanto riguarda il contenuto è più vicino all'art. 5 che all'art. 3. Esso riguarda infatti la denominazione e non la composizione dei prodotti del tabacco. Ancora più importante mi sembra il fatto che gli artt. 5 e 7 sono collegati tra loro anche dal punto di vista del contenuto. Come rilevato in udienza anche dal governo belga, gli artt. 5 e 7 possono essere considerati come disposizioni complemen-

tari. L'art. 5 obbliga ad indicare sul pacchetto dati oggettivi relativi, tra l'altro, al tenore di catrame; l'art. 7 vieta l'apposizione di indicazioni ingannevoli che possono minare il valore attribuito dal consumatore ai dati oggettivi menzionati in virtù dell'art. 5. Sono pertanto d'accordo con la tesi secondo cui l'efficacia dell'art. 5 senza l'art. 7 potrebbe essere pregiudicata.

ispiratore per il legislatore comunitario, ma non è una fonte di interpretazione di diritto comunitario, in caso di silenzio del legislatore. Si aggiunga poi che, secondo la mia conclusione e contrariamente alla tesi da me citata al paragrafo 290, quarto trattino, la direttiva non riguarda la politica commerciale comunitaria.

294. In sintesi, l'interpretazione sistematica porta alla conclusione che l'art. 7 non è applicabile alle sigarette da esportare.

295. Nemmeno il metodo di interpretazione teleologico conduce ad un risultato diverso. Innanzi tutto, l'art. 7 impone un obbligo piuttosto oneroso a determinati operatori di mercato. In un caso del genere non spetta al giudice interpretare una disposizione ambigua nel modo più ampio possibile. La limitazione della libertà degli operatori di mercato deve basarsi su una scelta esplicita del legislatore.

296. L'art. 152, n. 1, CE, non è rilevante al riguardo. Esso contiene infatti un principio

297. Infine considero — come terzo metodo di interpretazione — la natura e il contenuto dell'art. 7 della direttiva. Anche così giungo alla conclusione che questo articolo non si riferisce all'esportazione dall'Unione europea. L'art. 7 riguarda la denominazione e pertanto l'etichettatura delle sigarette. Quest'ultima è diversa a seconda del paese di destinazione, tenendo in considerazione anche le avvertenze che devono essere apposte sul pacchetto in virtù dell'art. 3. Dato che l'etichettatura delle sigarette, diversamente dalla loro composizione, per sua natura differisce a seconda della loro destinazione, non vedo motivo per dare all'art. 7 un'interpretazione che non operi tale distinzione. Ricordo anche gli argomenti che riguardano il rischio di commercio illegale. Sono d'accordo con l'argomento che un ampliamento del divieto di cui all'art. 7 ai prodotti del tabacco destinati all'esportazione non è idoneo a prevenire l'elusione delle disposizioni del mercato interno. Come ho già detto, l'etichettatura delle sigarette differisce per definizione a seconda del paese di destinazione.

IX — Conclusione

298. In base alle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere alle questioni della High Court of Justice (Administrative Court) nei seguenti termini:

- «1) La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 5 giugno 2001, 2001/37/CE, sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco, è valida.

- 2) L'art. 7 della direttiva 2001/37/CE non si applica ai prodotti del tabacco che non sono commercializzati nella Comunità europea».