

SENTENZE ADDITIVE IN MATERIA DI ADDITIVI CHIMICI

di Guido GRECO (*)

In questa lezione prenderò in esame non un istituto ben preciso da illustrare, ma più che un altro caso: un caso che emerge da un complesso di sentenze della Corte di giustizia, e poi da una singolare comunicazione della Commissione delle Comunità europee.

È un caso che poi forse ci consentirà di tirare fuori qualche conclusione di carattere generalizzante, di plauso o di critica non so, perché potrebbe essere un campanello d'allarme oppure il sintomo di una via abbastanza nuova che le Comunità europee intendono percorrere più o meno consuetudinariamente nel loro processo di produzione giuridica.

Di che si tratta? Intanto si tratta di commercio all'interno degli Stati membri. Si tratta di importazioni intracomunitarie di prodotti alimentari addizionati con additivi chimici o arricchiti da vitamine, e, com'è noto, in base agli artt. 30 e seguenti del Trattato CEE è vietata qualunque forma di restrizione nel commercio tra gli Stati membri: l'unico limite che gli Stati membri possono introdurre e che è tollerato a livello comunitario è costituito da divieti basati sulle esigenze di tutela della salute oppure su ragioni di ordine pubblico e di pubblica sicurezza.

Si è posto questo problema alla Corte di giustizia: può un prodotto normalmente commercializzato in uno Stato membro, perché evidentemente ritenuto non pericoloso per la salute della popolazione, essere vietato in altro Stato membro in cui si chiede appunto la commercializzazione e la consegna?

Questo è il problema di fondo. Aggiungo che tutta la materia avrebbe dovuto essere oggetto di una normativa comunitaria di tipo derivato di armonizzazione delle legislazioni. Tuttavia questa

(*) Ordinario di Diritto amministrativo, Università di Milano.

normativa comunitaria di armonizzazione non c'è stata o c'è stata per settori molto circoscritti.

Soggiungo preliminarmente che l'art. 36 del Trattato, quello che consente di porre dei divieti di commercializzazione basati su esigenze di tutela della salute, nell'ultima prescrizione statuisce che tuttavia tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri. Quindi possono gli Stati membri porre dei divieti alla commercializzazione intracomunitaria di prodotti per ragioni di tutela della salute della popolazione, però questi divieti non devono discriminare, non devono essere posti per costituire una restrizione dissimulata.

Detto questo la Corte di giustizia si è pronunciata sull'argomento almeno quattro volte, tre in giudizi incidentali, giudizi di accertamento pregiudiziale *ex art. 177* del Trattato CEE, la quarta volta in un giudizio di constatazione di inadempimento di uno Stato membro. È possibile constatare che questa giurisprudenza costituisce una vera e propria escalation di precisazione di criteri.

La prima volta, nell'83, che la Corte di giustizia è stata investita dalla questione le è stato posto un quesito di questo genere: se era compatibile con il sistema del Trattato, e in assenza di normativa di armonizzazione, una disciplina di uno Stato membro che poneva dei divieti alla commercializzazione di sostanze alimentari con additivi chimici, salvo possibilità di autorizzare di volta in volta prodotti che per la prima volta venivano posti nel mercato, sulla base di un giudizio del loro carattere non nocivo per la salute umana.

Quindi il problema che è stato posto è se è compatibile con il sistema del Trattato una normativa nazionale che pone dei divieti per ragione di salute pubblica, divieti però derogabili con apposita autorizzazione caso per caso. E la prima sentenza, ripeto, dell'83, ha riconosciuto conforme al sistema comunitario una normativa di questo genere, ponendo soltanto un obbligo allo Stato membro: la prova del carattere non nocivo della sostanza alimentare, della derrata con additivo chimico, non può essere a carico dell'importatore, ma deve essere ricavata direttamente dallo Stato membro, d'ufficio.

In ogni caso, un sistema di divieto salvo autorizzazione è conforme al sistema degli artt. 30 e seguenti e in particolare all'art. 36.

Una seconda sentenza, sempre pronunciata sulla base dell'art. 177, è dell'85. In questo caso la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità col sistema comunitario di una normativa nazionale che prevedeva che potessero essere commercializzati all'interno dello Stato membro soltanto quei prodotti iscritti in particolari elenchi di additivi chimici e, salvo la possibilità di operare ulteriori iscrizioni, a domanda, previa constatazione del loro carattere non nocivo.

Anche in questo caso la Corte di giustizia ha ritenuto questo meccanismo compatibile. Ha però precisato in questo secondo caso che la scelta del carattere nocivo o non nocivo deve essere ispirata ai risultati della ricerca scientifica internazionale e in particolare ai lavori del Comitato scientifico comunitario per l'alimentazione umana: la valutazione del carattere nocivo o non nocivo, e quindi dell'autorizzazione alla commercializzazione o della non autorizzazione, deve basarsi su criteri riconosciuti internazionalmente dalla ricerca scientifica più avanzata e non su criteri tradizionali del singolo Stato membro.

Queste prime due sentenze, tuttavia, si dovevano pronunciare su taluni sistemi già preesistenti nei singoli Stati membri e ne hanno riconosciuto, ripeto, la compatibilità a certe condizioni.

Con la terza sentenza, e siamo nell'86, si pone un altro problema. È un problema un po' più generale e cioè se è compatibile con il sistema comunitario una nuova disciplina nazionale, che prevede dei divieti senza possibilità di deroga (attraverso l'autorizzazione). E in questo caso la Corte di giustizia ha detto no. Infatti è necessario che questi divieti, per poter essere compatibili col sistema comunitario, prevedano sempre una possibilità di deroga attraverso un procedimento autorizzatorio.

La Corte di giustizia, dunque, ha incominciato ad imporre un procedimento autorizzatorio, anche là dove non era previsto, e a delinearne i caratteri: deve essere un procedimento autorizzatorio facilmente accessibile agli operatori economici dei vari Stati membri.

Con l'ultima sentenza che ho preso in esame, siamo nell'87, la Corte di giustizia, stavolta in una procedura di constatazione di inadempimento di uno Stato membro, mi pare la Grecia, ha specificato viepiù questi concetti. Ha confermato la necessità di un procedimento autorizzatorio che compensi la sussistenza di divieti, ha precisato cosa intende per un procedimento autorizzatorio fa-

cilmente accessibile e in più ha indicato i criteri a cui il singolo Stato membro deve ispirare la propria scelta per stabilire se il prodotto sia nocivo o meno e perciò possa essere autorizzato o meno. Quindi praticamente ha precisato i caratteri procedurali, formali, della procedura di autorizzazione e i caratteri sostanziali, indicando cioè a quali criteri ispirare la scelta.

In particolare, per quanto concerne i criteri di scelta del carattere di compatibilità della singola derrata con la tutela della salute pubblica, ribadisce che l'autorizzazione deve ispirarsi ai criteri di ricerca scientifica internazionale più avanzata e può tener conto delle abitudini alimentari proprie della popolazione dello Stato membro. Per quanto concerne la procedura, stabilisce che il procedimento autorizzativo deve essere di facile accesso, l'avevamo già visto, ma in più che deve essere concluso in termini ragionevoli, cioè in un lasso di tempo breve, e inoltre mediante un atto di portata generale, nel senso che, una volta ammesso un certo additivo chimico, questa autorizzazione deve poi essere considerata generale per tutte le ulteriori importazioni, che riguardano lo stesso prodotto. Infine, sempre secondo la Corte di giustizia, il diniego di autorizzazione deve essere giustificato da dimostrati motivi di tutela della salute della popolazione e deve poter essere impugnato in sede giurisdizionale.

In altri termini, la Corte di giustizia impone un procedimento autorizzatorio a fianco di divieti e ne delinea, in un crescendo di precisazioni, i caratteri fondamentali (deve essere accessibile, facilmente accessibile, deve essere concluso in termini brevi, deve essere concluso se è positivo con un atto di portata generale, mentre, come abbiamo visto, il diniego deve essere motivato con specifico riferimento alla tutela della salute pubblica e deve poter essere impugnato in sede giurisdizionale). Quindi la Corte ha compiuto una completa ricostruzione dell'istituto dell'autorizzazione amministrativa nel caso specifico e in più ha indicato anche i criteri alla stregua dei quali l'autorizzazione deve essere data o non deve essere data, cioè i criteri di scelta.

Questa è la giurisprudenza della Corte di giustizia. E attraverso questo cammino giurisprudenziale, in conclusione, gli Stati membri risultano vincolati, in mancanza di normativa comunitaria derivata di armonizzazione, a dotarsi di procedimenti autorizzatori, anche nel caso in cui lo Stato membro non disponga di nulla di simile (come sicuramente è accaduto in Italia, almeno fino a qualche

tempo fa, dato che gli additivi chimici venivano elencati in decreti ministeriali, che erano periodicamente rinnovati, ma senza una procedura ad istanza di parte che ne consentisse specificamente l'autorizzazione). Dunque, in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia, anche lo Stato italiano è risultato vincolato a dotarsi di tale procedimento perché in mancanza di ciò si esponeva ad un giudizio di inadempienza agli obblighi comunitari, come dimostrato dall'ultima sentenza che è una sentenza *ex art. 169*, cioè di constatazione di inadempienza.

Fin qui la Corte di giustizia. E si tratta di giurisprudenza sicuramente meritevole di segnalazione, non solo perché evolutiva e innovativa, ma soprattutto perché incide su atti amministrativi degli Stati membri e non sui poteri degli organi comunitari.

Tutto ciò non mi avrebbe spinto a sottoporvi il caso se tale giurisprudenza non avesse avuto un seguito. E il seguito è costituito da una singolare comunicazione della Commissione delle Comunità europee del 24 ottobre del 1989.

Detta comunicazione fa anzitutto un resoconto della giurisprudenza della Corte di giustizia, la riferisce molto dettagliatamente e molto obiettivamente, sottolineando che, in materia, ancora gli organi comunitari e la stessa Commissione non avevano né proposto né emesso normativa in materia di armonizzazione. E giunge più o meno a queste conclusioni: attenzione, in mancanza e in attesa di questa normativa di armonizzazione (che arriverà se arriverà, ma credo che non arrivi, per quello che viene poi a dire), siccome la giurisprudenza della Corte di giustizia ha interpretato gli artt. 30-36 del trattato CEE nel modo anzidetto, questo è il diritto attualmente vigente.

Questo è il diritto vigente, perché così dice la Corte di giustizia, la cui giurisprudenza tuttavia è sottoposta ad ulteriore interpretazione da parte della Commissione, che infatti si spinge fino a precisarne i precetti. Come? Indicando nel dettaglio le regole procedurali dell'autorizzazione amministrativa, di cui i singoli Stati membri dovrebbero essersi dotati, e le regole sostanziali.

Anche queste ultime sono desunte dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, perché ancora una volta si fa riferimento ai criteri e ai risultati della ricerca scientifica internazionale, si fa riferimento al criterio secondo il quale ogni Stato membro deve riconoscere il risultato di analisi, di prove e di controlli messi a disposizione dall'altro Stato membro presso cui è stata autorizzata

la commercializzazione del prodotto, si precisa che i divieti possono essere basati soltanto sulla composizione dell'alimentazione abituale della singola popolazione del singolo territorio. Facciamo un esempio: in Germania, dove la birra viene consumata in grandi quantitativi, può essere nocivo per la salute un additivo chimico che viceversa in un altro Stato, essendo poche le dosi di consumo normale, può non essere nocivo.

Ma la Commissione non si limita a questo e aggiunge degli altri criteri suoi propri. E così, ad esempio, la Commissione ritiene che le autorità allo Stato membro di importazione non possano contestare l'esigenza effettiva di impiegare una determinata sostanza in un determinato prodotto alimentare, quando esse stesse abbiano autorizzato l'impiego di un'altra sostanza che risponde alle stesse esigenze di tale prodotto alimentare.

Ne deriva che la Commissione, con questa comunicazione, perimetra sempre di più i poteri di scelta della discrezionalità amministrativa. Ma non basta, perché, oltre ad una disciplina di ordine sostanziale, precisa la disciplina di ordine formale o procedurale e giunge, ad esempio, alle seguenti conclusioni. La Corte ha detto che il procedimento deve essere facilmente accessibile, deve essere rapido, deve essere suscettibile di tutela giurisdizionale: bene, la Commissione interpreta questi principi, precisando che si intende per procedimento facilmente accessibile un procedimento che sia pubblicizzato fra tutti gli operatori (cioè gli operatori che hanno di queste importazioni), i quali devono sapere che fare, a chi rivolgersi, come formulare la domanda di autorizzazione, quali informazioni devono fornire nella domanda di autorizzazione.

Cosa si intende per procedimento da concludere in tempi brevi? Per procedimento da concludere in tempi brevi, dice la Commissione, si deve intendere un procedimento che non deve superare i 90 giorni e aggiunge che, qualora questo procedimento dovesse avere un'istruttoria più lunga, il richiedente deve essere informato per iscritto con congrua motivazione nel caso in cui l'autorizzazione fosse negata. Con l'ulteriore specificazione della autorità giurisdizionale a cui il richiedente può rivolgersi per impugnare il diniego.

Ecco, ripeto, attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia, e l'interpretazione da parte della Commissione, il procedimento autorizzatorio, che non sta scritto in nessuna norma del

Trattato, né in nessuna norma di diritto derivato, prende vita e risulta puntualmente delineato.

Si pone il seguente ulteriore problema. La giurisprudenza della Corte e la comunicazione della Commissione hanno un effetto diretto e sono direttamente applicabili nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri? E questo è il diritto vigente, il diritto immediatamente applicabile?

Ma, a prescindere da tale problema, è possibile operare una qualche valutazione complessiva su questo caso. C'è anzitutto, come si è detto, giurisprudenza della Corte di giustizia, una giurisprudenza fortemente innovativa, che scaturisce dall'applicazione del principio di proporzionalità al divieto che è indicato nell'ultima parte dell'art. 36. E da questo principio di proporzionalità, attraverso un criterio deduttivo di individuazione della norma implicita, passo passo arriva a delinare lo statuto di un procedimento amministrativo nel dettaglio.

Quindi si tratta di una sentenza additiva manipolativa, almeno secondo il linguaggio nostro interno, secondo i canoni interpretativi che noi usiamo applicare per una sentenza della Corte costituzionale. Ma a differenza delle sentenze manipolative e additive della Corte costituzionale, che secondo Crisafulli devono essere a rime obbligate, cioè devono soltanto fare emergere quella norma implicita che però è lì, è di facile constatazione, è a individuazione obbligata, qui c'è la creazione *ex-novo* di un istituto, di un procedimento e di un provvedimento amministrativo per gli Stati membri, che scaturisce dal principio di proporzionalità e attraverso le norme implicite che via via con criterio logico e deduttivo la Corte ha ritenuto di ricavare.

Tutto questo è consentito, è ammissibile? Indubbiamente la Corte di giustizia non è paragonabile alla Corte costituzionale, perché con riferimento alla Corte costituzionale italiana sono vincolanti soltanto le sentenze di accoglimento, non quelle di rigetto. Invece la Corte di giustizia, col fatto che ai sensi dell'art. 164 del Trattato CEE assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato stesso, ha sicuramente un complesso di funzioni molto più ampio di quello della Corte costituzionale.

Una norma analoga è contenuta nella nostra Costituzione a proposito del Consiglio di Stato, che assicura l'applicazione o l'interpretazione del diritto, ma certo non con la dignità della sentenza della Corte di giustizia, alla quale è riconosciuta dignità di

fonte dell'ordinamento comunitario. A questo proposito l'amico Chiti ha scritto un piacevolissimo saggio (*I signori del diritto comunitario. La Corte di Giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo*), che illustra come la Corte di giustizia abbia poteri non conosciuti alle nostre giurisdizioni interne.

Certo è che la Corte di giustizia si avvale della sua funzione di supplenza della normativa comunitaria derivata di armonizzazione che non è stata emanata con un modo, non dico spregiudicato, ma certo innovativo. Tuttavia, sul versante della Corte di giustizia, non mi pare che si possano avanzare perplessità o censure, una volta accettato questo suo peculiare ruolo che ha nell'ambito delle Istituzioni comunitarie.

Viceversa un po' più problematico e un poco più critico è il discorso sulla comunicazione della Commissione agli Stati membri. Intanto la comunicazione non è uno degli atti tipici degli organi comunitari dato che non si trova nelle varie elencazioni di tali atti (regolamento, direttiva, precisazione, raccomandazione). È tuttavia uno strumento che la Commissione usa sovente, prevalentemente per circoscrivere la propria discrezionalità in via preventiva, come un organo amministrativo italiano che si desse un'autoregolamentazione preventiva per ragioni di trasparenza, di chiarezza di rapporti con i consociati.

Ricordo un caso interessante a proposito della normativa antitrust. L'art. 85 del Trattato CEE stabilisce che sono vietati gli accordi che sono tali da poter compromettere il commercio tra gli Stati membri e la Commissione, in una comunicazione, ha precisato che considera non sanzionabili alcuni accordi che per il loro carattere di scarso rilievo, si chiamano bagatelles, non vale neanche la pena di prendere in considerazione.

Ma nell'esempio da ultimo prospettato vi è un'autolimitazione. Il che è consentito, perché qualunque organo amministrativo può dire o indicare in anticipo quali sono i criteri a cui intende ispirare la possibilità di scelta.

Nella comunicazione che ho appena richiamato, quella sulle bagatelles, si ha un po' il contenuto di una circolare ministeriale italiana, allorché si indica quali sono i criteri a cui gli organi amministrativi devono ispirarsi. Ma il caso in esame invece è completamente diverso, perché non si tratta di una autolimitazione della Commissione, ma della formalizzazione e della imposizione di

una normativa desunta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, integrata dalla interpretazione della Commissione.

Potrebbe apparire una raccomandazione, perché, arrivati ad un certo punto, si dice che si invitano gli Stati membri ad esaminare la loro regolamentazione, le loro pratiche amministrative, tenendo conto dei principi enunciati. Ma subito dopo c'è una sorta di clausola esecutiva: guardate che il diritto vigente è questo ed è immediatamente applicabile, guardate che gli artt. 30-36 sono applicabili e sono direttamente applicabile così come interpretati dalla Corte di giustizia. Con la conseguenza che diventa norma immediatamente applicabile, cogente, non solo il dettato del Trattato, ma anche tutta la ulteriore normativa desunta dalla Corte di giustizia e così come interpretata dalla Commissione. Si tratta quindi più che di una raccomandazione, di una direttiva e di una direttiva immediatamente applicabile.

Tuttavia a me pare che si debba rilevare una certa anomalia in questo modo di procedere, perché qui vengono capovolti i ruoli. I ruoli quali dovrebbero essere? La Commissione fa la proposta normativa, il Consiglio emette il regolamento o la direttiva. A livello CECA è la Commissione che emette direttamente gli atti normativi.

L'interpretazione, infine, spetta alla Corte di giustizia. Ma qui invece il percorso è inverso, è la Corte di giustizia che pone disposizioni normative nuove, sia pure desunte in via interpretativa e la Commissione, anziché trarre spunto da questa giurisprudenza innovativa per legiferare o per proporre una normativa al Consiglio dei ministri, si adagia su queste certezze fornite dalla Corte di giustizia e alla loro intangibilità, perché nessuno può impugnare innanzi alla Corte di giustizia principi enunciati dalla stessa Corte, per dichiarare formalmente che questo è il diritto vigente, e per astenersi dal legiferare, salvo a fare delle chiose interpretative di ulteriore dettaglio, come ad esempio quella dei 90 giorni, del procedimento amministrativo.

Per completare il quadro, ora voglio precisare che gli appunti critici non si basano su una preferenza per il sistema del diritto positivo a noi noto e consueto e su una minor fiducia per principi di normativa giurisprudenziale di tipo inglese. Gli appunti critici derivano, viceversa, dal sistema del Trattato, che non è così congegnato, dato che prevede che il potere normativo spetti al Consiglio su proposta della Commissione, questo il più delle volte, e che

il potere interpretativo, il potere di controllo, il potere di annullamento, il potere di tutela giurisdizionale spettino alla Corte di giustizia.

In questo modo, viceversa, vengono falsati i ruoli ed è difficile immaginare una tutela giurisdizionale nei confronti di questa nuova normativa e soprattutto abbiamo una Commissione che si nasconde dietro l'autorità della Corte di giustizia e non dà quindi seguito fino in fondo al suo ruolo.

Maggio 1992.