CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE ELEANOR SHARPSTON presentate il 1º luglio 2010[1]

1. La Commissione chiede alla Corte di dichiarare che la Repubblica di Malta, concludendo il 16 aprile 2004 un contratto esclusivo di servizio pubblico con la società Gozo Channel Company Ltd (in prosieguo: la «GCCL») senza aver previamente bandito una gara d'appalto, è venuta meno agli obblighi che le incombono ai sensi del regolamento (CEE) del Consiglio n. 3577/92[2], segnatamente in forza degli artt. 1 e 4 dello stesso.

2. Il principale argomento difensivo di Malta consiste nell'affermare che, alla data di cui trattasi, il regolamento non le era applicabile. Malta ha aderito all'Unione europea soltanto il 1º maggio 2004, anche se il Trattato di adesione[3] era stato firmato il 16 aprile 2003.

3. Interrogata dalla Corte, la Commissione ha sottolineato il dovere di uno Stato di rispettare in buona fede i termini di un trattato e, in attesa della sua entrata in vigore, di astenersi dal compiere atti che lo priverebbero del suo oggetto e del suo scopo — principi di diritto internazionale sanciti dagli artt. 18 e 26 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati[4].

1 — Lingua originale: l'inglese.

2 — Regolamento 7 dicembre 1992, concernente l'applicazione del principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi all'interno degli Stati membri (cabotaggio marittimo) (GU 1992 L 364, pag. 7; rettifica in GU 1993, L 72, pag. 36; in prosieguo: il «regolamento»).

3 — Trattato tra il Regno del Belgio, il Regno di Danimarca, la Repubblica federale di Germania, la Repubblica ellenica, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, l'Irlanda, la Repubblica italiana, il Granducato di Lussemburgo, il Regno dei Paesi Bassi, la Repubblica d'Austria, la Repubblica portoghese, la Repubblica di Finlandia, il Regno di Svezia, il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del nord (Stati membri dell'Unione europea) e la Repubblica ceca, la Repubblica di Estonia, la Repubblica di Cipro, la Repubblica di Lettonia, la Repubblica di Lituania, la Repubblica di Ungheria, la Repubblica di Malta, la Repubblica di Polonia, la Repubblica di Slovenia, la Repubblica slovacca, relativo all'adesione della Repubblica ceca, della Repubblica di Estonia, della Repubblica di Cipro, della Repubblica di Lettonia, della Repubblica di Lituania, della Repubblica di Ungheria, della Repubblica di Malta, della Repubblica di Polonia, della Repubblica di Slovenia e della Repubblica slovacca all'Unione europea (GU 2003, L 236, pag. 17; in prosieguo: il «Trattato di adesione»).

4 — Conclusa a Vienna il 23 maggio 1969; entrata in vigore il 27 gennaio 1980 (*Recueil des traités des Nations unies*, vol. 1155, pag. 331; in prosieguo: la «Convenzione di Vienna»).

Contesto normativo

La Convenzione di Vienna

4. La Convenzione di Vienna codifica in larga parte il diritto internazionale dei trattati. A termini dell'art. 1, essa si applica ai trattati fra Stati (compreso quindi il Trattato di adesione) e, ai sensi dell'art. 5, ad ogni trattato che sia atto costitutivo di una organizzazione internazionale (compresi dunque i diversi trattati della Comunità europea e dell'Unione europea) [5]. Varie disposizioni di tale Convenzione rispecchiano norme del diritto internazionale consuetudinario che, in quanto tali, fanno parte dell'ordinamento giuridico comunitario [6]. L'art. 18 (che comprende i cosiddetti «obblighi temporanei») e l'art. 26 (che sancisce il requisito della buona fede) vengono generalmente considerati appartenenti a questo tipo di disposizioni [7]. Pur non essendo in quanto tali vincolanti per Malta [8], appare utile riportarli come espressione di quel che Malta riconosce come norme di diritto internazionale consuetudinario ad essa applicabili.

5. L'art. 18, intitolato «Obbligo di non privare un trattato del suo oggetto e del suo scopo prima della sua entrata in vigore», dispone quanto segue:

«Uno Stato deve astenersi dal compiere atti che sarebbero suscettibili di privare un trattato del suo oggetto e del suo scopo:

a) quando ha firmato il trattato o scambiato gli strumenti costituenti il trattato, con riserva di ratifica, di accettazione o di approvazione, finché non ha manifestato la propria intenzione di non divenire parte del trattato; o

b) quando ha espresso il proprio consenso ad essere vincolato da un trattato, nel periodo che precede l'entrata in vigore del trattato e a condizione che questa non sia indebitamente ritardata».

5 — Tra gli attuali Stati membri, tuttavia, la Francia, Malta e la Romania non sono firmatari della Convenzione di Vienna e, benché tutti gli altri oramai l'abbiano ratificata, vi abbiano aderito o siano subentrati alla stessa, il Lussemburgo e il Portogallo vi hanno proceduto soltanto tra la firma e l'entrata in vigore del Trattato di adesione, mentre l'Irlanda solo dopo tale data (v. la Raccolta dei Trattati delle Nazioni Unite sul sito internet http://treaties.un.org).

6 — V., di recente, sentenza 25 febbraio 2010, causa C-386/08, Brita (Racc. pag. I-1289, punti 40-42, nonché la giurisprudenza ivi citata).

7 — La dottrina non è però concorde riguardo ai limiti in cui l'art. 18 costituisce una semplice codificazione, piuttosto che uno sviluppo, del diritto internazionale consuetudinario: v. per esempio Sinclair, I., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 1973, pag. 22; per un resoconto di alcune delle formulazioni della norma consuetudinaria, diverse da quelle della Convenzione di Vienna, v. anche Klabbers, J., «How to defeat a treaty's object and purpose pending entry into force: toward manifest intent», 34 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, pag. 283, marzo 2001.

8 — V. supra nota 5.

6. L'art. 26, intitolato «Pacta sunt servanda», così recita:

«Ogni trattato in vigore vincola le parti e queste devono eseguirlo in buona fede».

Il Trattato CE

7. L'art. 226 CE (divenuto art. 258 TFUE) così dispone:

«La Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù [del presente Trattato/dei Trattati], emette un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni.

Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, questa può adire la Corte di giustizia [dell'Unione europea]».

8. A termini dell'art. 249 CE (divenuto art. 288 TFUE), secondo comma:

«Il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri».

9. Ai sensi dell'art. 254, nn. 1 e 2, CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 297 TFUE), i regolamenti entrano in vigore alla data da essi stabilita oppure, in mancanza di data, il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*.

Il Trattato di adesione e l'Atto di adesione

10. Ai sensi dell'art. 1, n. 1, del Trattato di adesione, dieci nuovi Stati, tra cui Malta, sono diventati «membri dell'Unione europea e Parti dei trattati sui quali è fondata l'Unione, quali sono stati modificati o completati». L'art. 1, n. 2, ha precisato quanto segue:

«Le condizioni di ammissione e gli adattamenti che ne derivano per i trattati sui quali è fondata l'Unione sono contenuti nell'atto unito al presente trattato [9]. Le disposizioni di tale atto costituiscono parte integrante del presente trattato».

9 — Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica ceca, della Repubblica di Estonia, della Repubblica di Cipro, della Repubblica di Lettonia, della Repubblica di Lituania, della Repubblica di Ungheria, della Repubblica di Malta, della Repubblica di Polonia, della Repubblica di Slovenia e della Repubblica slovacca e agli adattamenti dei trattati sui quali si fonda l'Unione europea (GU 2003, L 236, pag. 33; in prosieguo: l'"Atto di adesione").

11. Ai sensi dell'art. 2, n. 2, il Trattato di adesione, firmato ad Atene il 16 aprile 2003, è entrato in vigore il 1º maggio 2004.

12. L'art. 2 dell'Atto di adesione così recita:

«Dalla data di adesione le disposizioni dei trattati originari e gli atti adottati dalle istituzioni e dalla Banca centrale europea prima dell'adesione vincolano i nuovi Stati membri e si applicano in tali Stati alle condizioni previste da detti trattati e dal presente atto».

13. Non sono state dettate condizioni in merito all'applicazione del regolamento a Malta.

14. Malta ha depositato il proprio strumento di ratifica del Trattato di adesione presso il governo italiano il 30 luglio 2003.

Il regolamento n. 3577/92

15. Il regolamento è stato adottato dal Consiglio il 7 dicembre 1992 ed è stato pubblicato nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* il 12 dicembre 1992.

16. L'art. 1, n. 1, così recita:

«A decorrere dal 1º gennaio 1993 la libera prestazione di servizi di trasporto marittimo in uno Stato membro (cabotaggio marittimo) è applicabile agli armatori comunitari che impiegano navi che sono registrate in uno Stato membro e che battono bandiera del medesimo Stato membro, sempre che tali navi soddisfino tutti i requisiti necessari per l'ammissione al cabotaggio in detto Stato membro, incluse le navi iscritte nel registro EUROS, non appena quest'ultimo sarà stato approvato dal Consiglio».

17. A termini dell'art. 2, n. 1, «per "servizi di trasporto marittimo in uno Stato membro (cabotaggio marittimo)" si intendono i servizi normalmente assicurati dietro compenso», comprendenti in particolare, ai sensi della lett. c), secondo comma, il «cabotaggio con le isole: il trasporto via mare di passeggeri o merci fra (...) porti situati sulle isole di un solo e medesimo Stato membro».

18. Ai sensi dell'art. 2, n. 4, per «obblighi di servizio pubblico» si intendono «gli obblighi che l'armatore comunitario, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non assumerebbe o non assumerebbe nella stessa misura né alle stesse condizioni».

19. L'art. 4 così recita:

«1. Uno Stato membro può concludere contratti di servizio pubblico, o imporre obblighi di servizio pubblico come condizione per la fornitura di servizi di cabotaggio, alle compagnie di navigazione che partecipano ai servizi regolari da, tra e verso le isole.

Uno Stato membro, se conclude contratti di servizio pubblico o impone obblighi di servizio pubblico, lo fa su base non discriminatoria per tutti gli armatori comunitari.

2. Nell'imporre obblighi di servizio pubblico gli Stati membri si limitano alle esigenze relative ai porti che devono essere serviti, alla regolarità, alla continuità, alla frequenza, alla capacità di fornitura del servizio, alle tariffe richieste ed all'equipaggio della nave.

Qualsiasi compenso dovuto per obblighi di servizio pubblico, se previsto, deve essere reso disponibile a tutti gli armatori comunitari.

3. I contratti di servizio pubblico esistenti rimangono in vigore fino alle rispettive date di scadenza».

20. Conformemente all'art. 11, il regolamento è entrato in vigore il 1° gennaio 1993. Tuttavia, ai sensi dell'art. 6, diversi servizi di cabotaggio, nel Mediterraneo e lungo la costa della Spagna, del Portogallo e della Francia, e con riguardo a talune isole delle coste della Spagna, del Portogallo e della Francia, nonché ad isole e territori al di fuori dell'Europa, sono stati esentati dall'applicazione del regolamento sino a date diverse, comprese tra il 1° gennaio 1995 e il 1° gennaio 2004.

Fatti e procedimento

21. Nel corso dei negoziati che hanno preceduto la conclusione del Trattato di adesione, il problema della realizzazione progressiva, da parte di Malta, dell'adeguamento all'acquis nel settore, tra l'altro, del trasporto marittimo è stato sollevato e discusso in numerose occasioni.

22. In un simile contesto, in una posizione comune del 26 ottobre 2001 [10] si dichiarava quanto segue: «(…) l'UE prende atto che Malta intende concludere, entro il 30 giugno 2002, contratti di durata quinquennale con la Sea Malta Co. Ltd e [con la GCCL], che contemplino esplicitamente un onere di servizio pubblico e che, all'estinzione di tali contratti,

10 — Conferenza sull'adesione all'Unione europea — Malta — doc. 20766/01 CONF-M 80/01.

si applicheranno procedure di gare d'appalto in conformità del pertinente acquis». Nella posizione comune, l'Unione europea sottolineava inoltre che «in questa fase, il presente capitolo non richiede ulteriori negoziati» sottolineando però che, alla luce dei risultati ottenuti nell'adeguamento all'acquis, essa avrebbe potuto «ritornare sul presente capitolo a tempo debito».

23. Nel caso di specie, il contratto con la GCCL [11] per la fornitura di un servizio regolare di trasporto marittimo via traghetto ad alta velocità tra le isole di Malta e Gozo è stato firmato solo il 16 aprile 2004 (un anno dopo la firma del Trattato di adesione e circa due settimane prima della sua entrata in vigore) ed è stato concluso per un periodo di sei anni non rinnovabile, e non di cinque.

24. Non viene contestato il fatto che il contratto è stato attribuito senza che fosse data alcuna opportunità agli armatori comunitari di presentare offerte.

25. Al termine di un procedimento amministrativo ex art. 226 CE, la Commissione chiede ora alla Corte di dichiarare che, concludendo il 16 aprile 2004 un contratto esclusivo di servizio pubblico con la GCCL, senza previamente aver bandito una gara d'appalto, la Repubblica di Malta è venuta meno agli obblighi che le incombono ai sensi del regolamento, segnatamente in forza degli artt. 1 e 4, nonché di condannare la Repubblica di Malta alle spese.

26. Malta chiede che la Corte voglia dichiarare che il regolamento non era e non è applicabile al contratto controverso, respingere il ricorso in quanto infondato e condannare la Commissione alle spese.

Valutazione

27. Il principale argomento difensivo di Malta consiste nell'affermare che, all'epoca dei fatti, il regolamento non le era applicabile. In subordine, essa sostiene che l'attribuzione del contratto controverso era stata in sostanza autorizzata nel corso dei negoziati di adesione (anche se posticipata per giustificati motivi) e/o era in ogni caso giustificata da un'effettiva necessità, e inoltre era proporzionata all'obiettivo perseguito.

28. Nelle presenti conclusioni prenderò in esame soltanto l'argomento principale, che a mio avviso costituisce una base sufficiente per respingere il ricorso della Commissione, senza che occorra discutere in dettaglio gli altri argomenti difensivi presentati da Malta.

11 — Dagli argomenti addotti emerge che era stato stipulato un contratto anche con la Sea Malta Co. Ltd, ma la società era stata successivamente liquidata.

29. È chiaro quale sia il maggior ostacolo all'accoglimento del ricorso della Commissione. Una dichiarazione come quella richiesta può vertere solo sul mancato adempimento di un obbligo incombente in forza dei Trattati, compreso l'obbligo di rispettare un regolamento adottato ai sensi dei Trattati stessi. Simile obbligo può insorgere soltanto quando lo Stato membro di cui trattasi sia vincolato dai Trattati e, quindi, da qualunque regolamento adottato in forza degli stessi. Nel caso di specie, tuttavia, si chiede di dichiarare che Malta non ha rispettato il regolamento perché ha compiuto una determinata azione prima di essere vincolata dal Trattato CE.

30. A mio parere, la Commissione non ha superato tale ostacolo.

31. Esistono peraltro due possibili obiezioni a tale parere, obiezioni sulle quali è necessario soffermarsi. Può la dichiarazione richiesta essere interpretata come riferentesi non all'effettiva attribuzione del contratto il 16 aprile 2004, bensì al suo mantenimento in vigore dopo il 1° maggio 2004? E può ritenersi che Malta fosse vincolata al rispetto del regolamento prima di questa seconda data?

32. Prima di esaminare le due questioni, appare utile richiamare taluni aspetti della giurisprudenza della Corte in materia di procedimenti per inadempimento.

La giurisprudenza in materia di procedimenti per inadempimento

33. In primo luogo, come chiarito dalla Corte, lo scopo della fase precontenziosa nei procedimenti per inadempimento è quello di offrire allo Stato membro un'opportunità di conformarsi agli obblighi ad esso incombenti in forza del diritto dell'Unione europea e di consentirgli di difendersi contro gli addebiti formulati dalla Commissione. Ne consegue che a) l'oggetto del ricorso è determinato dal procedimento precontenzioso e b) tanto nel parere motivato quanto nel ricorso alla Corte gli addebiti della Commissione devono essere presentati in modo preciso, inequivoco e dettagliato, così da consentire allo Stato membro e alla Corte di valutare esattamente sotto quale profilo si ritiene che il primo sia venuto meno ad uno degli obblighi ad esso incombenti in forza del Trattato, e da evitare che la Corte statuisca ultra petita ovvero ometta di pronunciarsi su una censura [12].

34. In secondo luogo, la sussistenza di un inadempimento deve essere valutata in relazione alla situazione dello Stato membro quale si presentava alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato [13].

12 — V., tra molti altri esempi, sentenze della Corte 14 ottobre 2004, causa C-340/02, Commissione/Francia (Racc. pag. I-9845, punti 25-27); 28 giugno 2007, causa C-235/04, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-5415, punto 48), e 10 settembre 2009, causa C-457/07, Commissione/Portogallo (Racc. pag. I-8091, punti 67 e 68, nonché la giurisprudenza citata in tali sentenze).

13 — V., per esempio, sentenza Commissione/Spagna, cit. supra alla nota 12, punto 52.

35. Infine, alla Commissione spetta provare l'asserito inadempimento nonché fornire alla Corte gli elementi necessari affinché questa possa accertare il punto. La Commissione non può limitarsi a concludere nel suo ricorso che, adottando una determinata azione, uno Stato membro è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza di una data disposizione del regolamento, traendo da questa disposizione conseguenze giuridiche che non ne derivano necessariamente. Per dimostrare la fondatezza della sua posizione, essa deve provare che le condizioni per l'applicazione di tale disposizione erano effettivamente soddisfatte nel caso di specie [14].

Aggiudicazione o mantenimento in vigore del contratto?

36. La Commissione chiede, in modo inequivoco, che sia dichiarato che Malta, concludendo un particolare contratto il 16 aprile 2004, è venuta meno agli obblighi che le incombono ai sensi del regolamento.

37. Nel parere motivato del 12 dicembre 2006 la Commissione ha usato in pratica gli stessi termini in relazione all'asserito inadempimento. In tale documento essa aveva tuttavia invitato Malta ad adottare le misure necessarie per conformarsi al parere motivato entro due mesi dalla data di ricezione dello stesso.

38. Evidentemente non ci si poteva aspettare che Malta tornasse indietro nel tempo per *non* concludere il contratto controverso il 16 aprile 2004. Le misure necessarie per conformarsi al parere motivato potevano essere soltanto quelle che avrebbero portato alla risoluzione del contratto stesso o ad una nuova attribuzione sulla base di una procedura di aggiudicazione non discriminatoria.

39. Una situazione di questo tipo non è insolita nei procedimenti per inadempimento che riguardano, per esempio, l'attribuzione di specifici contratti pubblici contrari alle norme dell'Unione europea in tema di appalti. Ai sensi dell'art. 258 TFUE e della giurisprudenza della Corte, se ritiene che un contratto di questo tipo sia stato attribuito illegalmente, la Commissione, dopo aver posto lo Stato membro interessato in condizioni di presentare le sue osservazioni, invita dapprima lo Stato membro a porre rimedio all'illegittimità (adottando qualsiasi misura possibile in tale fase) entro una determinata data e quindi, nel caso in cui lo Stato membro non vi abbia proceduto, promuove un procedimento dinanzi alla Corte, la quale si pronuncerà valutando se la situazione di illegittimità perdurava ancora alla data stabilita dalla Commissione.

14 — V. sentenza 3 maggio 2001, causa C-347/98, Commissione/Belgio (Racc. pag. I-3327, punti 38 e 39).

40. Tale scenario implica quindi o che la Corte accerti che lo Stato membro è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti, nel caso in cui all'illegittimità non sia stato posto rimedio entro la suddetta data, oppure che respinga il ricorso della Commissione nel caso in cui tale illegittimità sia stata eliminata [15]. Nel primo caso, tuttavia, la declaratoria della Corte sarà comunque legata all'originaria illegittimità dell'aggiudicazione, e non al fatto che non vi sia stato posto rimedio [16].

41. Di conseguenza, anche se il presente procedimento per inadempimento mira nel suo complesso a porre fine ad una situazione asseritamente illegittima alla luce del regolamento, o a censurare Malta per non aver posto termine a questa situazione entro il periodo concesso a tal fine, il suo esito necessariamente dipende dal fatto che si accerti se l'aggiudicazione del contratto fosse illegittima alla data della sua conclusione, o quanto meno se sia divenuta illegittima ad una data successiva.

42. La dichiarazione richiesta nel presente procedimento ha ad oggetto un inadempimento degli obblighi incombenti in forza del regolamento e non di uno strumento diverso. Conseguentemente, perché il ricorso sia accolto, è necessario che l'aggiudicazione del contratto fosse vietata dal regolamento — o alla data del 16 aprile 2004, quando il contratto è stato concluso (prima ipotesi), ovvero alla data del 1º maggio 2004, quando il regolamento è divenuto vincolante per Malta ai sensi dell'art. 2, n. 2, del Trattato di adesione e dell'art. 2 dell'Atto di adesione (seconda ipotesi).

43. La seconda ipotesi può essere smontata abbastanza velocemente.

44. Il contratto controverso esisteva già anteriormente al 1º maggio 2004, e l'art. 4, n. 3, del regolamento stabilisce espressamente che i contratti di servizio pubblico esistenti possono rimanere in vigore fino alle rispettive date di scadenza [17].

45. Non posso condividere l'argomento presentato dalla Commissione in udienza, secondo il quale l'art. 4, n. 3, si riferisce solo ai contratti esistenti al 1º gennaio 1993, anche in relazione agli Stati membri che hanno aderito all'Unione europea più di dieci anni dopo. La disposizione si riferisce ai «contratti esistenti», non ai «contratti esistenti al

15 — Un esempio di questo secondo tipo (anche se riguardo all'adozione e al mantenimento in vigore di un'ordinanza di più ampia applicazione, anziché all'attribuzione di un particolare contratto) si può trovare nella sentenza 27 ottobre 2005, causa C-525/03, Commissione/Italia (Racc. pag. I-9405, punto 16).

16 — Un esempio è reperibile nella sentenza 5 ottobre 2000, causa C-16/98, Commissione/Francia (Racc. pag. I-8315, punti 1, 12-22 e 113). A ciò si può contrapporre la situazione nei procedimenti in tema di aiuti di Stato ai sensi dell'art. 88, n. 2, CE (divenuto art. 108, n. 2, TFUE e in precedenza art. 93, n. 2, del Trattato CE) che vertono soltanto sull'obbligo, imposto dalla decisione della Commissione, di porre rimedio all'illegittimità; v., per esempio, sentenza 2 febbraio 1988, causa 213/85, Commissione/Paesi Bassi (Racc. pag. 281, punti 7 e 8).

17 — Si può anche rilevare che non esiste alcuna disposizione del Trattato che, riguardo ai contratti con persone fisiche o giuridiche, produca gli stessi effetti che l'art. 307 CE (divenuto art. 351 TFUE) ha nei confronti degli accordi internazionali. Ai sensi di tale disposizione, i nuovi Stati membri sono tenuti ad eliminare qualsiasi incompatibilità esistente tra gli accordi internazionali conclusi prima dell'adesione e i Trattati.

1º gennaio 1993». Perché sia rispettato il requisito della certezza del diritto, il termine «esistenti» può significare in questo caso soltanto «esistenti alla data di entrata in vigore del regolamento» [18]. Per gli Stati che hanno aderito all'Unione dopo il 1º gennaio 1993, tale data è la data della loro adesione — punto su cui la stessa Commissione concorda. Infatti, ammettendo nella posizione comune del 26 ottobre 2001 la compatibilità di un contratto stipulato tra il giugno 2002 e il giugno 2007 con i futuri obblighi incombenti su Malta, senza che fosse necessario dettare condizioni circa l'applicazione del regolamento a Malta, i negoziatori dell'Unione europea hanno implicitamente riconosciuto che l'art. 4, n. 3, si applicava ad un contratto di questo tipo.

46. L'affermazione contenuta nella replica della Commissione, secondo cui è a partire dal 1º maggio 2004 che Malta era venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del regolamento, non può essere dunque accolta.

47. In ogni caso, dichiarare che Malta era venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del regolamento dal 1º maggio 2004 sarebbe in contrasto con il tipo di declaratoria richiesta dalla stessa Commissione — e la Commissione non può cercar di cambiare o reinterpretare il tipo di declaratoria in una data successiva, come sembrava voler fare in udienza.

48. Passo ora a trattare la prima ipotesi, che chiama in causa l'esistenza di un obbligo incombente su Malta di non concludere il contratto in pendenza dell'adesione.

Un obbligo precedente l'adesione?

49. Né il Trattato di adesione né l'Atto di adesione — che Malta ha firmato il 16 aprile 2003, depositando lo strumento di ratifica il 30 luglio 2003 — contengono disposizioni che esplicitamente rendessero il regolamento vincolante nei confronti di Malta prima dell'entrata in vigore del Trattato. Al contrario, sulla base dell'art. 2 dell'Atto di adesione sembra inevitabile concludere che il regolamento è divenuto vincolante per Malta soltanto a quella data — ossia il 1º maggio 2004.

50. Tuttavia, risulta che nel corso della fase dei negoziati Malta avesse dichiarato la sua intenzione di stipulare un contratto quinquennale con la GCCL entro il 30 giugno 2002, e che tale contratto fosse accettabile da parte dell'Unione europea in quanto compatibile con l'adesione; di fatto però Malta aveva concluso il contratto controverso il 16 aprile 2004 per sei anni, eventualità che non era stata accettata e neppure prospettata ai negoziatori dell'Unione.

18 — V. infra, paragrafi 58 e segg.

51. Un primo punto da sottolineare è che né nel ricorso proposto alla Corte né nella replica al controricorso di Malta, in cui era stata sollevata esplicitamente la questione dell'applicabilità del regolamento a Malta all'epoca dei fatti, la Commissione ha mai affermato che la sua posizione fosse in qualche modo o misura fondata su un obbligo che poteva gravare su Malta prima dell'entrata in vigore del Trattato di adesione. Al contrario, essa ha chiaramente affermato nella replica che «era proprio da quella data, ossia la data di adesione, che la Repubblica di Malta risultava inadempiente agli obblighi ad essa incombenti in forza del regolamento (CEE) del Consiglio n. 3577/1992».

52. In simili circostanze, la Commissione sarebbe evidentemente inadempiente all'obbligo, cui è tenuta in qualità di ricorrente dinanzi alla Corte, di esporre tutti gli elementi necessari a provare la propria tesi se essa dovesse poi fondarsi sull'esistenza di un obbligo precedente. Infatti, una situazione di questo tipo sarebbe contraria all'art. 42, n. 2, primo comma, del regolamento di procedura della Corte, ai sensi del quale: «È vietata la deduzione di motivi nuovi in corso di causa, a meno che essi si basino su elementi di diritto e di fatto emersi durante il procedimento» [19].

19 — V. sentenza 17 novembre 1992, causa C-279/89, Commissione/Regno Unito (Racc. pag. I-5785, punti 14-17).

53. Tuttavia, la stessa Corte ha chiesto alle parti di pronunciarsi, tenuto conto dell'applicabilità ratione temporis del regolamento nelle circostanze del caso di specie, circa l'importanza da attribuire all'obbligo di agire in buona fede nel corso del periodo precedente l'entrata in vigore di un trattato.

54. Ci si potrebbe chiedere, qualora la Corte dovesse stabilire che un inadempimento era derivato da un obbligo sul quale la Commissione non si è basata nel ricorso o nella replica, se ciò non costituisca una deduzione d'ufficio di un motivo da parte della Corte.

55. Secondo una consolidata giurisprudenza, i motivi relativi a questioni di ordine pubblico possono, anzi, debbono essere dedotti d'ufficio dalla Corte qualora non siano sollevati dalle parti. Tuttavia, da un lato, non risulta che la Corte abbia mai seguito tale prassi per estendere la portata delle censure della Commissione nei procedimenti per inadempimento contro uno Stato membro e, dall'altro lato, le «questioni di ordine pubblico» sollevate dal giudice dell'Unione su tale base si riferiscono a requisiti formali imposti ad substantiam piuttosto che a motivi di diritto sostanziale [20]. Sarebbe in ogni caso una novità per la Corte integrare gli argomenti dedotti

20 — Per esempio, il mancato rispetto di un corretto procedimento precontenzioso (che costituisce una «garanzia essenziale» prevista dal Trattato — v. sentenza 10 aprile 2008, causa C-442/06, Commissione/Italia (Racc. pag. I-2413, punto 22 e la giurisprudenza ivi citata) — può essere fatto valere d'ufficio dalla Corte anche se lo Stato membro non lo ha sollevato espressamente. Per una distinzione tracciata nell'ambito di un'impugnazione, v. sentenza 2 aprile 1998, causa C-367/95 P Commissione/Sytraval e Brink's France (Racc. pag. I-1719, punto 67).

dalla Commissione contro uno Stato membro nei procedimenti per inadempimento. A mio avviso, un simile modus operandi non sarebbe compatibile con la natura accusatoria, quasi penale di tali procedimenti.

56. In ogni caso, in risposta al quesito della Corte la Commissione ha espresso l'opinione secondo cui: a) in quanto futuro Stato membro, Malta era tenuta ad agire in buona fede a partire dalla data della posizione comune del 26 ottobre 2001; e b) che essa era indubbiamente tenuta ad astenersi dall'agire in violazione del diritto dell'Unione europea dalla data della firma del Trattato di adesione il 16 aprile 2003. Nonostante ciò, prosegue la Commissione, Malta ha poi concluso il contratto controverso, in circostanze che sono indice di malafede. A tal riguardo, essa considera di importanza primaria il requisito della buona fede così come sancito negli artt. 18 e 26 della Convenzione di Vienna.

57. Per poter pronunciare la dichiarazione richiesta, tuttavia, la Corte a mio avviso dovrebbe accertare non solo che l'obbligo di Malta di non concludere il contratto controverso il 16 aprile 2004 derivava dal suo status di futuro Stato membro che aveva firmato e ratificato il Trattato di adesione, ma anche — e come questione prioritaria — che lo stesso regolamento poteva imporre obblighi agli Stati membri prima della sua entrata in vigore.

58. Il periodo precedente l'entrata in vigore di un regolamento che è parte dell'acquis in uno Stato in via di adesione è paragonabile al periodo compreso tra la sua adozione o pubblicazione e la sua entrata in vigore nei confronti di uno Stato già membro. Quali che siano gli obblighi che possono incombere su un futuro Stato membro durante il periodo precedente l'adesione, tali obblighi non possono essere maggiori di quelli gravanti su uno Stato già membro durante l'analogo periodo che precede l'ordinaria entrata in vigore. Di conseguenza, soltanto ove si ritenga che uno dei dodici Stati membri di allora sarebbe venuto meno agli obblighi derivantigli in forza del regolamento qualora avesse concluso un contratto equivalente tra l'adozione o la pubblicazione del regolamento, rispettivamente il 7 o il 12 dicembre 1992, e la sua entrata in vigore, il 1º gennaio 1993, si potrebbe valutare se Malta abbia violato gli obblighi ad essa incombenti nel periodo immediatamente precedente il suo divenire Stato membro.

59. A questo proposito, è evidente che un regolamento è vincolante in ogni sua parte (e per tutti, Stati membri, istituzioni o individui) a partire dalla data della sua entrata in vigore, ma non prima — salvo che, in circostanze eccezionali, le sue disposizioni non

abbiano un esplicito effetto retroattivo [21]. La regola contenuta nell'art. 254, nn. 1 e 2, CE (art. 297 TFUE), la quale garantisce che ogni regolamento ha una data di entrata in vigore chiaramente individuabile, costituisce un'espressione fondamentale del principio della certezza del diritto. Se i regolamenti dovessero produrre effetti prima della data della loro entrata in vigore, tale data non avrebbe alcun senso.

60. Nel caso di specie, il regolamento non contiene disposizioni esplicitamente retroattive. Al contrario, non solo l'art. 11 effettivamente precisa che la data di entrata in vigore è il 1º gennaio 1993, ma l'art. 1, n. 1, stabilisce espressamente che la libera prestazione di servizi di trasporto marittimo è applicabile *a decorrere dal 1º gennaio 1993*, e l'art. 4, n. 3, dispone esplicitamente che i contratti di servizio pubblico *esistenti* possono rimanere in vigore fino alle rispettive date di scadenza. In tale contesto (relativamente ai dodici Stati membri di allora [22]), per contratti esistenti si potevano intendere soltanto quelli esistenti al 1º gennaio 1993 o (forse, con riferimento ai servizi temporaneamente esentati dall'applicazione del regolamento ai sensi dell'art. 6), alla data di scadenza dell'esenzione temporanea [23].

61. Ritengo pertanto che uno Stato membro che, alla fine del dicembre 1992, avesse concluso un contratto di servizio pubblico senza un'appropriata gara d'appalto comunitaria non avrebbe potuto essere accusato di essere venuto meno agli obblighi ad esso incombenti *ai sensi degli artt. 1 e 4 del regolamento*.

62. Vero è che sugli Stati membri grava anche l'obbligo più generale di leale cooperazione, sancito ora dall'art. 4, n. 3, TUE (già art. 10 CE e in precedenza art. 5 del Trattato CE), che implica l'adozione di ogni misura atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o dagli atti adottati dalle istituzioni, facilitando alla Comunità (o all'Unione) l'adempimento dei suoi compiti e astenendosi da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dei Trattati.

63. È stato su quest'ultimo obbligo che la Corte ha fondato la sua pronuncia nella

21 — Per un esempio di tali circostanze eccezionali, v. sentenza 9 gennaio 1990, causa C-337/88, SAFA (Racc. pag. I-1).

22 — V. anche supra paragrafo 45.

23 — V. supra paragrafo 20. La Corte non si è pronunciata sul punto, ma esistono talune indicazioni nella sua recente sentenza 22 aprile 2010, causa C-122/09, Enosi Efopliston Aktoploïas e a. (Racc. pag. I-3667, punti 15 e 17), e nell'ordinanza 28 settembre 2006, causa C-285/05, Enosi Efopliston Aktoploïas e a. (punto 19), citata al punto 10 della sentenza nella causa C-122/09, secondo cui uno Stato membro può essere tenuto ad astenersi dall'adottare misure idonee a compromettere gravemente l'applicazione del regolamento dopo la fine del periodo di esenzione temporanea. V. anche infra paragrafi 63 e segg., in particolare paragrafo 65 e nota 25.

sentenza Inter-Environnement Wallonie [24], secondo cui, in pendenza del termine posto da una direttiva per la propria trasposizione, gli Stati membri destinatari della direttiva si astengono dall'adottare disposizioni che possano gravemente compromettere la realizzazione del risultato prescritto.

64. Non ritengo però che questa giurisprudenza oramai consolidata possa essere trasposta sic et simpliciter dalle direttive ai regolamenti. Di norma una direttiva specifica una data per la sua entrata in vigore e una data entro la quale gli Stati membri sono tenuti a trasporla. È tra queste due date che in base alla giurisprudenza della Corte gli Stati membri sono tenuti ad astenersi dall'adottare misure che possano gravemente compromettere la realizzazione del risultato prescritto. La Corte non ha mai dichiarato che simile obbligo esiste anche durante il periodo precedente compreso tra l'adozione e/o la pubblicazione di una direttiva e la data della sua entrata in vigore. Una simile pronuncia equivarrebbe ancora una volta, a mio avviso, a rendere priva di senso la data di entrata in vigore.

65. Nel caso dei regolamenti, non esiste alcun periodo transitorio di trasposizione, ma solo un periodo compreso tra l'adozione e/o la pubblicazione e l'entrata in vigore, dopo di che il regolamento diviene obbligatorio in tutti i suoi elementi. Il periodo cui si riferisce la giurisprudenza Inter-Environnement Wallonie pertanto non esiste nel caso dei regolamenti [25].

66. Non mi spingerei fino al punto di affermare che non possano mai verificarsi casi in cui uno Stato membro possa essere colpevole di essere venuto meno al proprio dovere di leale collaborazione come risultato di un'azione compiuta in un momento in cui una direttiva o un regolamento erano stati emanati senza essere ancora entrati in vigore. Tuttavia, mi sembra che in un simile caso il criterio dell'azione «che possa gravemente compromettere» l'effetto utile della misura di cui trattasi dovrebbe essere interpretato in modo particolarmente restrittivo. Forse solo un'azione che non possa essere annullata prima dello scadere del termine per la trasposizione di una direttiva o che in qualche maniera impedirebbe al regolamento di essere applicato in modo da raggiungere il risultato da esso perseguito potrebbe costituire un inadempimento del dovere di leale cooperazione in circostanze di questo tipo [26].

67. Vero è che non esiste alcuna regola de minimis riguardo ai procedimenti per

24 — Sentenza 18 dicembre 1997, causa C-129/96 (Racc. pag. I-7411, punto 45 della sentenza e punto 2 del dispositivo). V. anche le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs, in particolare paragrafo 33 e paragrafi 39 e segg.

25 — Ammetto — come tuttora non confermata — la possibilità che una deroga o un'esenzione temporanee dall'applicazione di un regolamento (e in particolare del presente regolamento) comportino un obbligo equivalente a quello indicato nella giurisprudenza Inter-Environnement Wallonie (v. supra paragrafo 60 e nota 23), ma il presente caso verte su una situazione in cui non esistevano deroghe o esenzioni di questo tipo nel momento in cui il regolamento è entrato in vigore nello Stato membro di cui trattasi.

26 — V. anche le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs relative alla sentenza Inter-Environnement Wallonie, cit. supra alla nota 24, paragrafi 42 e segg.

inadempimento del Trattato [27] — la Corte dichiarerà l'inadempimento a prescindere da quanto la violazione sia di minore importanza o isolata — ma a mio avviso sarebbe opportuno applicare un criterio diverso nei casi in cui si lamenta che una violazione è derivata da azioni adottate prima dell'entrata in vigore della misura di cui trattasi.

68. Per quanto riguarda il regolamento oggetto della presente causa, sarebbe stato necessario che la Commissione avesse dimostrato, per esempio, che l'azione di cui trattasi aveva precluso ogni possibilità di conformarsi alle disposizioni del regolamento per un periodo apprezzabile dopo la sua entrata in vigore, o che consisteva in una serie di atti che cumulativamente e sistematicamente ne pregiudicavano l'applicazione, oppure che era stata adottata con la deliberata e/o manifesta intenzione di violarne le disposizioni.

69. Per contro, la conclusione di un singolo contratto, per quanto chiaramente vietata dal regolamento una volta entrato in vigore, non può a mio avviso essere considerata sufficiente — di per sé, in assenza di ulteriori circostanze aggravanti — per giustificare la dichiarazione che uno Stato membro è venuto meno al proprio dovere di leale collaborazione, *qualora il contratto sia stato concluso prima dell'entrata in vigore del regolamento*. Adottare una posizione diversa a mio parere equivarrebbe a negare non solo il significato della data di entrata in vigore ma anche l'esplicita disposizione contenuta nell'art. 4, n. 3.

70. Inoltre, in un caso di questo tipo la Commissione a mio parere avrebbe dovuto, per prima cosa e soprattutto, chiedere una dichiarazione che confermasse la violazione del dovere di leale collaborazione, piuttosto che la violazione degli artt. 1 e 4 del regolamento, che non erano in vigore quando il contratto è stato concluso. Vero è che la Corte occasionalmente ha sancito l'inadempimento di tale dovere generale da parte di uno Stato membro quando non risultava che tale dichiarazione fosse stata richiesta [28] ma non, per quanto mi risulta, come alternativa all'accertamento della violazione di una disposizione più specifica che era stata lamentata ma non dimostrata, o in un caso in cui simile disposizione non fosse ancora in vigore all'epoca dell'azione all'origine alla violazione.

71. Se è corretta la conclusione che ho raggiunto riguardo all'ipotetico caso di uno Stato membro che avesse stipulato un contratto analogo alla fine del dicembre 1992, quale conseguenza se ne può trarre per il caso di uno Stato membro come Malta, che ha concluso il contratto controverso nel periodo precedente non solo all'applicabilità del

27 — V., per esempio, sentenze 7 febbraio 1984, causa 166/82, Commissione/Italia (Racc. pag. 459, punto 24), 15 giugno 2000, causa C-348/97, Commissione/Germania (Racc. pag. I-4429, punto 62), o 14 aprile 2005, causa C-157/03, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-2911, punto 44).

28 — V., per esempio, sentenza 12 luglio 2007, causa C-507/04, Commissione/Austria (Racc. pag. I-5939).

regolamento nel suo territorio ma precedente anche all'entrata in vigore dei Trattati e prima di divenire uno Stato membro dell'Unione?

72. Quanto meno, nell'aprile 2004 a Malta non avrebbe potuto essere imposto alcun obbligo maggiore rispetto a quello incombente all'ipotetico Stato membro nel dicembre 1992. Semmai, si poteva trattare solo di un obbligo minore. L'obbligo temporaneo in forza del diritto internazionale dei trattati, benché non esista un pieno consenso riguardo alla sua precisa rilevanza, non può imporre che un trattato venga rispettato prima della sua entrata in vigore esattamente come dopo l'entrata in vigore — altrimenti, ancora una volta, la data di entrata in vigore non avrebbe senso.

73. Anche se, come ho rilevato, i termini della Convenzione di Vienna non sono in quanto tali vincolanti per Malta, e benché la formulazione della regola sia stata mutevole nel corso degli anni e sia cambiata a seconda degli autori [29], sembra chiaro che l'obbligo temporaneo non impedisce ad uno Stato firmatario di intraprendere un'azione qualsiasi che sarebbe incompatibile con il Trattato se fosse già in vigore, ma piuttosto di intraprendere azioni che potrebbero in qualche modo pregiudicare un elemento fondamentale del trattato.

74. In proposito, non intendo dire che l'obbligo temporaneo gravante su uno Stato che abbia firmato e ratificato un trattato di adesione all'Unione europea consista semplicemente nell'astenersi dal compiere azioni che possano vanificare completamente lo scopo e l'oggetto dei Trattati dell'Unione europea, o del Trattato di adesione — qualsiasi azione capace di tanto sarebbe davvero eccessiva — ma ritengo che un esempio isolato di comportamento non pienamente compatibile con uno dei futuri obblighi derivanti dall'adesione all'Unione non sarebbe normalmente in grado di esporre lo Stato ad un successivo procedimento per inadempimento.

75. Nel caso presente, senza che occorra esaminare le giustificazioni addotte da Malta per spiegare le incongruenze tra le date menzionate nella posizione comune del 2001 e le date di inizio e fine del contratto così come alla fine stipulato [30], ritengo che la Corte non

29 — Klabbers (cit. supra alla nota 7) riporta diverse fonti che definiscono l'obbligo come consistente nell'«astenersi dall'intraprendere azioni che renderebbero per una delle parti impossibile o più difficile l'esecuzione degli obblighi stipulati », nel «non far nulla tra la firma e la ratifica che possa compromettere gli obiettivi del trattato», nel non «fare qualcosa che possa impedire un'azione che potrebbe essere intrapresa dall'altra parte se e quando il trattato sia entrato in vigore», nell'«astenersi prima della ratifica da azioni volte sostanzialmente ad alterare il valore dell'impegno così come sottoscritto», o nel non «intraprendere azioni in mala fede volte deliberatamente a privare l'altra parte dei benefici che legittimamente aspirava ad ottenere dal trattato e per i quali aveva fornito un adeguato corrispettivo».

30 — In sostanza, Malta sostiene i) che aveva dovuto attendere il completamento di una ristrutturazione della GCCL e la consegna di tre nuove imbarcazioni prima di poter correttamente valutare il livello di sussidi richiesti per il tragitto e ii) che nel definire la durata del contratto essa ha seguito gli orientamenti della Commissione [COM(2003) 595 def.] secondo cui una durata è sproporzionata solo se superiore ai sei anni. Al riguardo, mi limiterei ad affermare che a mio avviso, ove il punto dovesse essere esaminato, tale giustificazione non può essere scartata a priori.

dovrebbe pronunciare la dichiarazione richiesta dalla Commissione.

76. La causa verte su un singolo contratto. L'intenzione di Malta di concludere tale contratto per un periodo di circa tre anni o più oltre la data dell'adesione di Malta all'Unione era stata manifestata durante i negoziati di adesione. La Commissione all'epoca non aveva sollevato obiezioni contro tale intenzione e si deve presumere — dato che essa non ha imposto l'inserimento di alcuna condizione nell'Atto di adesione circa l'applicazione del regolamento a Malta né ha avuto alcun ripensamento sul capitolo nel corso dei negoziati — che essa abbia accettato che tale contratto fosse compatibile con il regolamento. Quel che la Commissione ora contesta è il fatto che la durata del contratto come effettivamente stipulato si è protratta per un tempo più lungo (meno di tre anni) rispetto a quanto considerato nella posizione comune del 26 ottobre 2001. Quello di cui si discute, pertanto, non è un atto che possa gravemente compromettere l'applicazione complessiva del regolamento a Malta nel lungo termine, ma un atto che esclude un particolare servizio di cabotaggio tra isole dal suo ambito di applicazione per un periodo limitato (anche se un periodo alquanto più lungo di quello originariamente annunciato e accettato).

77. A mio parere, *considerato che né il regolamento né i Trattati erano in vigore a Malta all'epoca dei fatti*, questo non rappresenta un comportamento che possa far legittimamente dichiarare che Malta è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti *ai sensi del regolamento*, in forza di un qualche dovere che le potesse incombere, come futuro Stato membro, di non vanificare lo scopo e gli obiettivi dei Trattati o la futura applicazione del regolamento.

Conclusione

78. Per le ragioni sopra esposte, ritengo che la Corte debba respingere il ricorso e, come richiesto da Malta, ai sensi dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura della Corte, condannare la Commissione alle spese.