CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE GIUSEPPE TESAURO
presentate il 12 luglio 1990 *

Signor Presidente,
Signori Giudici,

1. Con il presente ricorso la Repubblica francese chiede l'annullamento, ai sensi dell'art. 173, 1° comma, del Trattato CEE, di un atto adottato dalla Commissione, denominato « Istruzioni interne di servizio relative a talune modalità amministrative e tecniche che gli agenti della Commissione devono applicare per il campionamento e l'analisi dei prodotti prelevati nel quadro della gestione e del controllo del Fondo europeo agricolo di orientamento e di garanzia » [1].

Le istruzioni interne in questione, secondo il governo francese, abiliterebbero gli agenti della Commissione ad effettuare dei controlli (campionamento e analisi dei prodotti) che non sono previsti dalla normativa comunitaria vigente e la cui disciplina in nessun caso rientrerebbe nelle competenze della Commissione.

Le origini della controversia vanno pertanto inquadrate nell'ambito della legislazione comunitaria in materia di controlli sulle spese finanziate dal Fondo europeo agricolo di orientamento e garanzia (in prosieguo: il « FEAOG »).

2. Il regolamento (CEE) del Consiglio 21 aprile 1970, n. 729, relativo al finanziamento della politica agricola comune [2], ha messo in vigore, parallelamente all'introduzione del regime delle risorse proprie, un sistema di finanziamento diretto da parte della Comunità. La Commissione mette a disposizione degli Stati membri i crediti necessari affinché gli organismi nazionali procedano ai pagamenti. È evidente che la gestione dei pagamenti di cui trattasi, da parte degli Stati membri e per conto della Comunità, può dar luogo ad irregolarità e frodi. Di questa ipotesi si occupano gli artt. 8 e 9 del regolamento precitato, che prefigurano un sistema di controlli e di sorveglianza.

L'art. 8 impone agli Stati membri l'obbligo generale di prendere le misure necessarie per assicurare la regolarità delle operazioni finanziate dal FEAOG, prevenire e perseguire le irregolarità nonché recuperare le somme perdute a seguito di irregolarità o negligenze. È dunque obbligo degli Stati membri organizzare un sistema di controlli efficaci sugli operatori e gli organismi nazionali preposti ai pagamenti.

L'art. 9 disciplina poi il potere della Commissione di effettuare, in aggiunta ai controlli fatti dagli Stati membri, verifiche in loco nonché la facoltà di collaborare con gli

* Lingua originale: l'italiano.

1 — GU C 264 dell'11.10.1988, pag. 3.

2 — GU L 94 del 28.4.1970, pag. 13.

stessi Stati richiedendo controlli supplementari (v., in proposito, « ottavo considerando »).

In particolare l'art. 9, paragrafo 1, prevede l'obbligo per gli Stati membri di mettere a disposizione della Commissione *tutte le informazioni necessarie per il buon funzionamento del Fondo* e di adottare *tutti i provvedimenti idonei ad agevolare i controlli che la Commissione ritenga utile intraprendere* nell'ambito della gestione del finanziamento comunitario, comprese le *verifiche in loco.*

Ed è il paragrafo 2 dello stesso articolo che disciplina tali verifiche, prevedendo che gli agenti incaricati dalla Commissione abbiano *accesso ai libri contabili e a tutti gli altri documenti inerenti alle spese finanziate dal Fondo.* In particolare essi possono verificare:

a) la conformità delle pratiche amministrative alle norme comunitarie;

b) l'esistenza dei documenti giustificativi necessari e la loro concordanza con le operazioni finanziate dal Fondo;

c) le condizioni alle quali sono realizzate e *verificate* le operazioni finanziate dal Fondo.

Infine, ai sensi del paragrafo 3 di detto articolo, è previsto che il *Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, adotti, ove occorra, le norme generali di applicazione dello stesso articolo.*

3. Ed è proprio sulla base di detto articolo che è sorta la questione di cui ci occupiamo nella presente causa. Ritenendo infatti che i paragrafi 1 e 2 dell'art. 9 del regolamento n. 729/70 conferiscano ai suoi agenti il *potere di procedere autonomamente al campionamento* dei prodotti finanziati dal FEAOG e alle relative analisi, ed in seguito a divergenze in proposito con alcuni Stati membri (in particolare la stessa Francia), la Commissione istituiva — il 7 gennaio 1987 — un gruppo di lavoro interservizi che elaborava le istruzioni interne in questione. Il 15 settembre 1988 ne veniva informato il comitato FEAOG, circa un mese dopo le istruzioni venivano pubblicate nella serie C della Gazzetta ufficiale.

4. Ciò premesso, e rinviando per ulteriori elementi alla relazione d'udienza, va rilevato che la ricorrente sostiene anzitutto che l'atto da essa impugnato costituisce il travestimento di un vero e proprio regolamento di applicazione dell'art. 9 del regolamento precitato, atto che la Commissione non era competente ad adottare, atteso che il paragrafo 3 espressamente attribuisce al Consiglio, e solo al Consiglio, la competenza a porre in essere norme generali di applicazione. Secondo lo Stato ricorrente, la Commissione avrebbe pertanto, mediante l'adozione delle istruzioni interne di cui si discute, esercitato dei poteri di cui non dispone sulla base della normativa comunitaria applicabile: di qui il vizio di incompetenza che determinerebbe la nullità dell'atto.

5. La Commissione ha sollevato nel controricorso un'eccezione di irricevibilità, adducendo che le istruzioni interne in questione non costituiscono un atto impugnabile ai

sensi dell'art. 173 del Trattato. In subordine essa chiede che il ricorso sia respinto.

Sulla ricevibilità

6. Il più ampio spazio è dedicato nella presente controversia proprio all'esame della ricevibilità del ricorso. Il problema, evidentemente, consiste nello stabilire se nelle istruzioni interne su cui si controverte siano ravvisabili gli estremi di un atto impugnabile a norma dell'art. 173.

È ben noto che, ai sensi dell'art. 173, 1° comma, è esperibile l'azione di annullamento contro gli atti del Consiglio e della Commissione che non siano raccomandazioni o pareri. Una siffatta redazione lascerebbe supporre che il termine « atti » si riferisca ai soli atti vincolanti di cui all'art. 189. Ed in effetti gli artt. 173 e 189 formano un tutto coerente, sicché il termine « atto » che compare nell'art. 173 non può estendere la competenza del giudice comunitario alla conoscenza di manifestazioni di volontà che non si concretino in regolamenti, direttive o decisioni.

Tuttavia, la qualificazione dell'atto spetta in linea di principio al giudice, anche indipendentemente dal *nomen iuris* che all'atto sia stato attribuito. Si tratta di un principio ben consolidato nel diritto della gran parte degli Stati e che è stato in numerose occasioni ribadito da questa Corte, soprattutto in relazione all'esigenza di garantire agli amministrati un'adeguata tutela giurisdizionale. Insomma, l'apprezzamento giuridico di una manifestazione di volontà è misurato sulla sostanza dell'atto, sul suo contenuto e sugli effetti che produce; meno rilevante è invece, in quest'ottica, la forma prescelta.

7. La Corte ha dovuto occuparsi in svariate occasioni della portata del termine « atti » di cui all'art. 173. In proposito, non mi sembra superfluo rilevare che tale giurisprudenza si è sviluppata soprattutto in relazione al *secondo* comma dell'art. 173 (nonché all'art. 33, secondo comma, del Trattato CECA) e dunque ha avuto modo di precisare gli elementi che consentono di qualificare come « decisione » ai sensi del Trattato un determinato atto adottato dalle istituzioni.

Ad esempio nella causa 54/65 [3], in ambito CECA, la Corte ha affermato che « una decisione deve infatti presentarsi come un atto emanante dall'organo competente, destinato a produrre effetti giuridici, che costituisca lo stadio finale dell'iter interno e che statuisca definitivamente in una forma atta a farne identificare la natura ».

Da una siffatta statuizione risulta evidente che, pur tenendo conto della sostanza dell'atto, la Corte ha specificato gli elementi formali necessari o comunque sufficienti perché l'atto medesimo sia considerato un atto decisorio suscettibile di impugnazione.

8. Meno attenta ai criteri formali e più preoccupata di assicurare agli amministrati una tutela quanto più ampia possibile appare invece la giurisprudenza rilevante in materia ai sensi del Trattato CEE. Già nelle cause

3 — Sentenza 16 giugno 1966, Forges de Châtillon/Alta Autorità (Racc. pag. 381, in particolare pagg. 394 e 395); in senso analogo, v. sentenza 5 dicembre 1963, Usines Henricot/Alta Autorità (cause riunite 23/63, 24/63 e 52/63, Racc. pagg. 439, 450).

riunite 8/66-11/66 [4], con le quali si è occupata per la prima volta — nell'ambito CEE — del problema di cui si discute, la Corte ha infatti affermato che ai fini dell'impugnazione è sufficiente che si tratti di atti che incidono sugli interessi degli amministrati « in quanto modificano sostanzialmente la loro situazione giuridica ». In quest'ottica, la circostanza che l'atto impugnato non fosse denominato « decisione » e che avesse carattere di atto provvisorio non è stata considerata rilevante, nella misura in cui si trattava *sostanzialmente* di una decisione che rappresentava la conclusione di un procedimento speciale: dunque in grado di produrre effetti giuridici definitivi. Inoltre, la Corte ha considerato che la circostanza di ritenere impugnabile un atto procedurale, sebbene comporti un appesantimento della procedura, « non ha comunque alcuna rilevanza nei confronti delle garanzie concesse dal Trattato ai singoli, garanzie che hanno la prevalenza su qualsiasi regolamento ».

Nella causa 60/81 [5], la Corte ha poi precisato, più in generale, che « (...) costituiscono atti che possono essere oggetto di un'azione di annullamento (...) i provvedimenti destinati a produrre effetti giuridici obbligatori idonei ad incidere sugli interessi di chi li impugna, modificando in misura rilevante la situazione giuridica di questo. Invece, la forma in cui tali atti o decisioni sono adottati è, in linea di massima, irrilevante ai fini della possibilità di impugnarli con un'azione di annullamento » (punto 9).

9. Più rare sono invece le occasioni in cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sul termine « atti » ai sensi del *primo* comma dell'art. 173 [6], disposizione che non si limita alle sole decisioni, e in particolare allorché l'atto impugnato non avesse una portata individuale bensì generale ed astratta. In questo senso, richiamo innanzitutto la nota sentenza AETS [7], in cui la Corte ha rilevato che « l'impugnazione è destinata a garantire, in conformità al disposto dell'art. 164, il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato. Sarebbe in contrasto con questa finalità l'interpretare restrittivamente i presupposti di ricevibilità dell'azione, limitandone l'esercizio alle categorie di atti contemplate dall'art. 189. L'azione di annullamento deve quindi potersi esperire nei confronti di qualsiasi provvedimento adottato dalle istituzioni (indipendentemente dalla sua natura e dalla sua forma) che miri a produrre effetti giuridici » (punti 38-43).

Particolarmente significativa mi sembra in proposito l'espressione « miri a produrre effetti giuridici », espressione che forse appare più sfumata nella sentenza in causa 114/86 [8], allorché la Corte ha precisato che « un atto non è impugnabile con un ricorso d'annullamento se non è destinato a produrre effetti giuridici », ma che ben spiega, a mio parere, la differenza tra gli effetti da ricondurre ad un atto a portata individuale e quelli inerenti invece ad un atto a portata generale ed astratta.

4 — Sentenza 15 marzo 1967, Cimenteries/Commissione (Racc. pag. 83, in particolare pagg. 85 e 86).

5 — Sentenza 11 novembre 1981, IBM/Commissione (Racc. pag. 2639).

6 — In tale contesto, particolare rilevanza assumono le sentenze che hanno riconosciuto la legittimazione passiva del Parlamento europeo: sentenza 10 febbraio 1983, Lussemburgo/Parlamento europeo (causa 230/81, Racc. pag. 255); sentenza 10 aprile 1984, Lussemburgo/Parlamento europeo (causa 108/83, Racc. pag. 1945); sentenza 23 aprile 1986, « Les verts »/Parlamento europeo (causa 294/83, Racc. pag. 1339); sentenza 25 febbraio 1988, « Les verts »/Parlamento europeo (causa 190/84, Racc. pag. 1017). In tutte queste cause la Corte ha ritenuto che anche un atto del Parlamento europeo (quale una risoluzione) è impugnabile allorché destinato a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi.

7 — Sentenza 31 marzo 1971, Commissione/Consiglio (causa 22/70, Racc. pag. 276).

8 — Sentenza 27 settembre 1988, Regno Unito/Commissione (Racc. pag. 5289).

In definitiva, e tenuto conto che i termini precisi usati in un dato contesto non devono necessariamente avere identico valore per una situazione di fatto diversa, nel senso che non è possibile trarne delle conclusioni applicabili in generale, risulta dalla richiamata giurisprudenza che ai fini del controllo giurisdizionale appare poco rilevante la forma con cui l'atto si presenta esternamente: ciò che rileva sono soprattutto il contenuto e gli effetti dell'atto. Più in particolare, due sono le condizioni che l'atto deve soddisfare perché sia esperibile nei suoi confronti un'azione di annullamento: a) deve produrre effetti giuridici modificativi della situazione giuridica dei destinatari [9] e b) deve trattarsi di un provvedimento definitivo, in particolare nel senso che il ricorso non può essere proposto contro atti procedurali, adottati nel corso dell'iter che porta al provvedimento finale o comunque contro un atto preparatorio [10].

10. La ricordata giurisprudenza della Corte, peraltro, pur privilegiando senza dubbio alcuno la sostanza rispetto alla forma dell'atto, a tutela degli amministrati, non mi pare abbia dato una risposta sicura ad un quesito in un certo senso preliminare: in ordine alla stessa *idoneità dell'atto a produrre effetti giuridici* in presenza o in assenza di un minimo di forme essenziali, indipendentemente dalla circostanza che, all'esito di una verifica in concreto del contenuto dell'atto, si riscontri la sussistenza di effetti giuridici e in particolare di effetti pregiudizievoli.

A ciò si aggiunga che in alcuni casi la Corte non solo si è posta il quesito appena evidenziato, ma ha considerato a tal fine anche un elemento, la competenza dell'istituzione, che a stretto rigore non tanto attiene all'impugnabilità dell'atto quanto alla sua legittimità.

Sotto quest'ultimo profilo, appare comunque significativa, oltre alla già ricordata sentenza nella causa 54/65, una recente presa di posizione della Corte che, con ordinanza del 17 maggio 1989 [11], ha individuato già nell'inidoneità dell'atto a produrre effetti giuridici un motivo di irricevibilità del ricorso. In quella occasione si trattava di un telex della Commissione, interpretativo delle disposizioni comunitarie relative agli aiuti alla produzione di semi di soia ed impugnato dal governo italiano, telex che la Corte ha affermato non essere « atto a produrre effetti giuridici », dal momento che « nessuna delle disposizioni dei citati regolamenti adottati in materia conferisce alla Commissione la competenza ad adottare provvedimenti relativi alla loro interpretazione, bensì unicamente la possibilità di esprimere la propria opinione, non vincolante per le autorità nazionali ».

11. Alla luce di quanto precede, ritengo doveroso verificare in primo luogo — e se si vuole in astratto — l'idoneità delle « istruzioni interne » impugnate a produrre effetti giuridici nei confronti degli Stati membri,

9 — V. sentenza 15 marzo 1967 Cimenteries/Commissione (cause riunite 8/66-11/66, citata, pag. 105); sentenza 24 giugno 1986, AKZO/Commissione (causa 53/85, Racc. pag. 1965); sentenza 27 settembre 1988, Regno Unito/Commissione, citata, punto 12 della motivazione.

10 — V. sentenza 16 giugno 1966, Forges de Châtillon/Alta Autorità (causa 54/65, citata, pag. 395); sentenza 11 novembre 1981, IBM, citata, punto 9 della motivazione.

11 — Ordinanza 17 maggio 1989, Repubblica italiana/Commissione (causa 151/88, Racc. pag. 1255).

prima ancora di analizzarne il contenuto e di verificare se e quali effetti producano o « mirino » a produrre.

a) *Sulla forma dell'atto impugnato*

12. L'atto che ci occupa è denominato « istruzioni interne », è qualificato come tale dall'istituzione che lo ha emanato anche nelle difese scritte, è privo di base giuridica, non reca la firma di alcun membro della Commissione, è stato pubblicato nella serie C della Gazzetta ufficiale, ha come destinatari apparenti ed esclusivi i funzionari dell'istituzione.

Certo si potrebbe rilevare che per essere un atto interno è stato accompagnato da modalità informative fin troppo, e insolitamente, formali e solenni. È evidente tuttavia che la Commissione è libera di scegliere le forme che preferisce per diffondere un atto puramente interno. D'altra parte, la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale non è decisiva per determinare i termini del problema: anche se l'atto non fosse stato pubblicato, ci troveremmo di fronte agli stessi quesiti circa la sua natura, come già in altre occasioni (ad esempio, nella causa 114/86 [12]).

13. Ciò premesso, vorrei ricordare innanzitutto a me stesso che sono designati come atti interni quegli atti che esauriscono la loro efficacia nell'ambito dell'organo che li ha adottati: o in quanto relativi ai rapporti fra superiore gerarchico e uffici dipendenti, o in quanto direttive da seguire all'interno dell'istituzione per l'adozione del provvedimento definitivo o, infine, in quanto atti di autoorganizzazione dell'ente. Trattasi dunque di atti che non assumono alcuna rilevanza esterna, in particolare nei confronti degli amministrati e degli Stati membri.

Tenuto conto di ciò, mi chiedo: un atto qualificato dall'istituzione che lo ha emanato come atto interno e che non soddisfi alcuna delle condizioni di forma essenziali di un atto vincolante, è ciò nondimeno vincolante per i terzi o comunque a questi opponibile qualora li coinvolge nell'osservanza di certi obblighi? E ancora: un atto come quello contestato nella presente causa, che quanto alla forma è indubbiamente interno, necessita di un esame quanto alla sua sostanza, all'oggetto, al contenuto, per poter decidere della sua eventuale impugnabilità?

La risposta che tenderei a dare a tale quesito è negativa. Non escluderei, infatti, che un atto del tipo di quello che ci occupa sia comunque inidoneo a produrre effetti vincolanti per i terzi, indipendentemente dalla circostanza che se ne possa rilevare la vocazione a creare obblighi anche per i non destinatari apparenti o comunque ad incidere sulla loro sfera di interessi. Tutto quello che si può dire è che la Commissione può pensarla come meglio crede circa il campionamento dei prodotti: sbagliata o giusta che sia, resta, come nella causa Italia/Commissione, un'interpretazione dell'art. 9 del regolamento n. 729/70, esplicitata ai propri funzionari e non vincolante per le autorità nazionali e per gli operatori.

Sta di fatto, invero, che le istruzioni interne in discorso non presentano alcun elemento

12 — Sentenza 27 settembre 1988, Regno Unito/Commissione, citata (Racc. pag. 5289).

esteriore di forma che, indipendentemente dal contenuto, possa far ritenere al terzo di trovarsi di fronte ad un atto che in qualche modo possa incidere sulla sua sfera giuridica.

14. A ciò si aggiunge un altro elemento, che la Corte non ha mancato di considerare nella ricordata ordinanza in causa Italia/Commissione. È incontestabile che l'art. 9 del regolamento n. 729/70 non attribuisce alcuna competenza alla Commissione ad adottare atti che disciplinino la materia che ci occupa ed in particolare le procedure di controllo, meno che mai atti vincolanti per gli Stati membri; e neppure « provvedimenti interpretativi » del regolamento in parola vincolanti per i terzi, così come nella causa appena richiamata. Ed infatti tra le parti, emblematicamente, si è discusso molto del potere della Commissione di procedere al campionamento, ma non anche del potere di adottare un atto regolamentare al riguardo, potere che nessuno ha mai ipotizzato, né poteva ragionevolmente ipotizzare, sia attribuito alla Commissione.

La conseguenza è che l'atto impugnato, anche quando il suo contenuto ne rivelasse una qualche vocazione a vincolare i terzi, sarebbe comunque inidoneo a realizzare tale vocazione e ad incidere sulla posizione giuridica degli Stati membri o degli operatori del settore.

In altri termini, nessun obbligo o effetto giuridico può derivare ad uno Stato membro da un atto che, come quello impugnato nella presente procedura, non abbia alcuno dei requisiti di forma essenziali di un atto vincolante ed emani per giunta da un'istituzione che non ha alcuna competenza ad emanare atti vincolanti in materia. E ciò vale senza che sia necessario verificare se il campionamento autonomo da parte della Commissione rientri o meno nei suoi poteri già ex art. 9 del regolamento n. 729/70, dal momento che in ogni caso alla Commissione non compete di adottare atti vincolanti che in via generale regolino le modalità delle operazioni di controllo, ma al più delle « istruzioni interne », appunto, puramente interpretative (non importa se giuste o no) e comunque non vincolanti né per le autorità nazionali né per gli amministrati.

Ponendosi nella prospettiva sin qui delineata, risulta che l'atto impugnato, in quanto inidoneo a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi non destinatari apparenti, per carenza delle forme essenziali e per incompetenza assoluta dell'istituzione che lo ha emanato, non è un atto impugnabile ai sensi dell'art. 173 del Trattato, e dunque che il ricorso del governo francese va dichiarato irricevibile.

15. Eventuali perplessità al riguardo, da cui non intendo vantarmi di essere immune, potrebbero essere superate.

In particolare, non ritengo che una tale soluzione sia in contrasto con l'esigenza di garantire agli amministrati (e agli Stati membri) un'adeguata tutela giurisdizionale. Il problema si risolve alla radice, nella misura in cui la Commissione non potrebbe in alcun caso e sotto alcun profilo pretendere l'adempimento di obblighi che, in quanto fatti derivare dall'atto in questione, sarebbero inesistenti per i terzi. Del resto, un

eventuale rifiuto dello Stato membro di accettare il campionamento « autonomo » da parte dei funzionari della Commissione potrebbe indurre quest'ultima ad una censura ex art. 169 non già per violazione delle « istruzioni interne », ma dell'art. 9 del regolamento n. 729/70: e qui non importa se fondatamente o meno.

In compenso, peraltro, la soluzione proposta è senza dubbio la più idonea a garantire la certezza del diritto, in quanto evita di costringere gli amministrati e gli Stati membri ad una ricerca diabolica di tutti gli scritti e le misure interne che in qualche modo possano mascherare un regolamento, con il risultato che anche la minima incertezza li costringerebbe ad investirne la Corte (nel caso di specie la ricerca è stata facilitata dalla pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale). Né si può dimenticare quel principio fondamentale secondo cui « l'applicazione uniforme del diritto comunitario è garantita solo da atti formali adottati a norma del Trattato » [13]: principio che non è escluso possa trovare applicazione già in sede di verifica dell'impugnabilità dell'atto.

16. Neppure manca un precedente specifico nel senso qui in discussione, nella (...) storia della giurisprudenza della Corte: la sentenza in causa 20/58 [14], in tema di istruzioni di servizio, in particolare una lettera indirizzata dall'Alta Autorità ad un ente ausiliario e pubblicata sulla Gazzetta ufficiale. In tale occasione, dopo aver sottolineato che l'Alta Autorità non aveva avuto l'intenzione di adottare una decisione, ma « semplicemente riaffermare dei principi che essa, *a ragione o a torto*, riteneva derivassero logicamente dalla decisione di base », la Corte ha statuito che l'atto impugnato « presenta il carattere di un provvedimento interno, adottato da un superiore gerarchico allo scopo di orientare l'attività degli uffici dipendenti e come tale fa sorgere obblighi immediati solo per l'ufficio al quale è diretto e non già per le imprese consumatrici di rottame ».

17. D'altra parte, una tale soluzione non dovrebbe a ben vedere trovare un ostacolo decisivo nella giurisprudenza della Corte che tende a privilegiare la possibilità di impugnare atti a portata individuale, dunque con destinatari ben identificati e subito riconoscibili. Invero, una tale tendenza si è manifestata soprattutto in casi in cui l'irricevibilità del ricorso era eccepita a motivo che non erano state rispettate alcune condizioni di forma, ma in cui peraltro non era contestato in assoluto il carattere decisorio dell'atto medesimo [15].

Nella fattispecie in esame, invece, l'assenza dei requisiti minimi di forma di un atto vincolante, con l'aggiunta dell'incompetenza assoluta dell'istituzione che lo ha emanato a disciplinare la materia a mezzo di un atto di tipo regolamentare, esclude a priori l'idoneità dell'atto stesso a produrre effetti giuridici per i terzi: a tal punto che il suo contenuto, da cui si pretende scaturiscano obbli-

13 — Sentenza 18 giugno 1970, Krohn, punto 9 della motivazione (causa 74/69, Racc. pag. 451).

14 — Sentenza 17 luglio 1959, Phoenix-Rheinrohr/Alta Autorità (Racc. 1958-1959, pag. 155); alla stessa data e in senso analogo v. cause riunite 32/58 e 33/58 (Racc. 1958-1959, pag. 269).

15 — Sentenza 15 marzo 1967, Cimenteries, cause riunite 8/66-11/66, citata. Ancora più significativa in tal senso, e sebbene emanata nell'ambito del contenzioso concernente la normativa sul personale, è la sentenza 9 febbraio 1984, Nelly Kohler/Corte dei conti (cause riunite 316/82 e 40/83, Racc. pag. 641), nella quale la Corte ha considerato ricevibile il ricorso diretto contro una decisione orale.

ghi per i terzi, diventa giuridicamente irrilevante.

18. Resta, è vero, che l'incompetenza della Commissione costituisce a rigore un vizio dell'atto, la cui rilevanza si misura in sede di apprezzamento della legittimità e non dell'impugnabilità dell'atto medesimo; in termini processsuali, l'incompetenza attiene al merito e non alla ricevibilità.

Tuttavia, mentre non posso trascurare la presa di posizione della Corte nella ricordata ordinanza Italia/Commissione, e già nella sentenza in causa 54/65, ritengo che, in una fattispecie così caratterizzata quale quella in esame, l'incompetenza possa avere una qualche rilevanza già in sede di esame della ricevibilità, in una prospettiva presente anche in una certa giurisprudenza amministrativa francese e italiana. D'altra parte, nella specie, anzitutto l'incompetenza non è il solo aspetto rilevante, ma si aggiunge all'assenza totale di requisiti essenziali di forma di un atto con effetti esterni; in altri termini, l'incompetenza non è un elemento decisivo e la verifica sull'idoneità dell'atto a produrre effetti giuridici per i terzi potrebbe ben prescindere da tale elemento. Al riguardo, assume particolare rilievo la circostanza che l'atto non ha altri destinatari apparenti se non i funzionari della Commissione, mentre solo dal contenuto sostanziale dell'atto si può dedurre un coinvolgimento degli Stati membri e degli operatori del settore.

In secondo luogo, ci troviamo di fronte ad un'ipotesi di difetto assoluto e non solo relativo di incompetenza, sì da potersi configurare addirittura come ipotesi di inesistenza (o nullità assoluta, se si preferisce) dell'atto quanto ai terzi non destinatari apparenti, e comunque di inopponibilità ad essi di qualsiasi obbligo che in qualche modo possa loro derivare solo ed esclusivamente dall'atto.

b) *Sul contenuto dell'atto impugnato*

19. Ciò rilevato, per l'ipotesi che la Corte non condividesse la soluzione sin qui prospettata e ritenesse di dover procedere alla qualificazione dell'atto de quo solo ed esclusivamente sulla base del suo contenuto e prescindendo del tutto dal complesso degli elementi che inequivocabilmente lo rappresentano come atto interno, ritengo doveroso affrontare anche l'esame del contenuto dell'atto impugnato, allo scopo di verificare se esso effettivamente persegua lo scopo, come sostiene il governo ricorrente, di produrre effetti giuridici per i terzi e sia pertanto, come tale, impugnabile.

20. La Commissione sostiene anzitutto che, anche dal punto di vista sostanziale, le istruzioni controverse sono un mero atto interno, in quanto prive di qualsivoglia effetto giuridico e finanziario, sia per gli Stati membri che per gli operatori economici. Per avallare tale tesi la Commissione precisa che, in base alle istruzioni interne, le spese determinate dal campionamento sono a suo carico, i quantitativi prelevati si limitano allo stretto necessario e i campioni non utilizzati vengono restituiti al proprietario (pagg. 3 e 4 della memoria difensiva). Si tratterebbe, invero, di un atto meramente dichiarativo, adottato ad uso dei suoi agenti per evitare pratiche divergenti relativamente alle operazioni materiali di cui trattasi. In quanto tale,

l'atto in questione si limiterebbe ad esplicitare obblighi che discendono già dall'art. 9 del regolamento n. 729/70; più precisamente, le istruzioni *presupporrebbero* degli obblighi che sono, a parere della Commissione, quelli derivanti già dall'art. 9, ma *non ne introdurrebbero di nuovi.*

21. Relativamente al contenuto e alla sostanza dell'atto, va in primo luogo osservato che nella motivazione figurano quattro « considerando », nei quali si fa riferimento al regolamento n. 729/70, in particolare all'art. 9, paragrafo 1 (secondo « considerando »). Vi si afferma poi che il campionamento e le relative analisi dei prodotti finanziati dal FEAOG sono diventati sempre più necessari per effettuare i controlli di cui all'art. 9 (terzo « considerando »); e quindi vengono stabilite una serie di « istruzioni », destinate agli agenti della Commissione, atte a garantire che le operazioni di cui trattasi siano effettuate « nelle migliori condizioni possibili ».

Tali istruzioni, aventi ad oggetto « modalità amministrative e tecniche che gli agenti della Commissione *devono applicare* », prevedono innanzitutto un *diritto di accesso*, a favore di detti agenti, a una serie di stabilimenti, di cui è fornito un elenco non tassativo, allo scopo di « prelevare o far prelevare » i campioni (punto 1). I servizi della Commissione sono tenuti ad informare lo Stato membro interessato almeno 48 ore prima del campionamento effettivo, senza dover tuttavia fornire l'elenco degli stabilimenti che saranno oggetto del controllo (punto 3).

Inoltre, detti agenti « chiedono » tutte le *informazioni* che ritengono necessarie, *concernenti il procedimento di fabbricazione* e i collaudi dei prodotti oggetto del controllo (punto 8).

Per quanto riguarda le conseguenze finanziarie che derivano dalle istruzioni in questione, va osservato che la Commissione si fa carico di tutta una serie di spese (punto 2, 2° comma); nondimeno alcuni *oneri finanziari supplementari dovranno essere sopportati dagli operatori.* È previsto infatti che « il trasporto e la manutenzione delle merci sul posto del campionamento, le operazioni di sballatura e di ricondizionamento vengano effettuate sotto la responsabilità del proprietario o del suo rappresentante » (punto 2, 3° comma). Inoltre, *è escluso ogni risarcimento* per i prodotti che abbiano perso, a seguito dell'esame, interamente o parzialmente, il loro valore commerciale (punto 7, 2° comma).

Ritengo sia sufficiente, per il momento, limitarmi ad un esame di questi punti per stabilire se dette istruzioni siano destinate a produrre effetti giuridici.

22. Comincerò con l'osservare che sicuramente non ci troviamo in presenza di istruzioni interne « classiche » (come invece le ha definite la Commissione durante l'udienza), nella misura in cui con tale termine si è soliti identificare un mero atto interno che esaurisce la sua efficacia nella sfera dell'organo che lo ha adottato, in quanto relativo ai rapporti fra superiore gerarchico e suoi dipendenti, e che pertanto non assume alcuna rilevanza esterna nei confronti degli amministrati.

Ritengo si debba ammettere che le istruzioni interne in questione abbiano quantomeno una vocazione a produrre effetti giuridici verso l'esterno. Già la circostanza che gli agenti della Commissione *devono applicare* tali istruzioni, mi sembra possa difficilmente

condurre a una conclusione diversa. Mi spiego: l'*obbligo di prelevare* autonomamente i campioni nonché l'*obbligo di accedere* agli stabilimenti, presuppongono necessariamente il corrispondente dovere a carico degli Stati membri e degli operatori economici di garantire l'accesso (per giunta improvviso) a tali stabilimenti; e, in secondo luogo, di consentire agli agenti della Commissione di procedere autonomamente al prelievo dei campioni. Se così non fosse, l'atto sarebbe in ogni caso privo di senso, anche nella sua dimensione interna.

In tale prospettiva, anche la pubblicazione (pur se nella serie C) appare come un indizio importante, seppure non decisivo, della vocazione dell'atto in parola ad una rilevanza esterna.

È evidente, inoltre, che un mero atto interno non può comportare per gli operatori economici, e mi riferisco qui al punto 8 delle istruzioni, delle conseguenze relativamente alla segretezza dei metodi di fabbricazione dei prodotti, quando, come nella specie, non esiste una norma che garantisca agli stessi la riservatezza delle informazioni comunicate.

Per quanto concerne poi le succitate « disposizioni » di cui ai punti 2 e 7, devo confessare la mia difficoltà ad interpretarle come mere istruzioni di servizio della Commissione ai suoi funzionari. In quale prospettiva logica prima che giuridica, infatti, una misura che escluda il risarcimento dei danni possa verosimilmente considerarsi non indirizzata anche a chi quei danni subisce ma solo a chi li produce, è un mistero. Il rappresentante della Commissione ha precisato, durante l'udienza, che si tratterebbe di spese (a carico degli operatori) talmente poco significative da far ritenere che un eventuale ricorso alla Corte sarebbe senza esito per il ricorrente. Io non mi avventuro in previsioni al riguardo, né sulla consistenza degli oneri né su altro. Mi limito però a constatare che nessun onere finanziario del tipo in questione è prefigurato dall'art. 9 del regolamento n. 729/70.

23. Tenuto conto delle osservazioni che precedono, ritengo di non dovermi soffermare ulteriormente sulla questione se l'atto contestato « miri a produrre effetti giuridici » [16].

Piuttosto si rivela indispensabile, a questo punto, verificare se gli obblighi derivanti dall'applicazione di tale atto discendano dall'art. 9 del regolamento n. 729/70 (come sostiene la Commissione) oppure si tratti di obblighi nuovi modificativi della situazione giuridica degli Stati membri e/o degli operatori; se dunque l'atto controverso sia meramente interpretativo dell'art. 9 oppure aggiunga nuovi obblighi a quelli previsti dalla normativa applicabile.

Dal tenore letterale dell'art. 9 si desume, certo, un potere della Commissione di effettuare essa stessa, tramite i suoi agenti, dei controlli, ma il testo è muto in relazione al campionamento e relative analisi dei pro-

16 — Sentenza 31 marzo 1971, Commissione/Consiglio, citata, pag. 276. Vale la pena ricordare che il ricorso che ha originato detta causa è stato anch'esso introdotto, come nel nostro caso, sulla base dell'art. 173, 1° comma. In tale occasione la Corte ha ricompreso nella nozione di « atti » una delibera del Consiglio sulla negoziazione e la conclusione di un accordo (la delibera in questione fissava regole di comportamento e recava norme procedurali).

dotti. Di più, i controlli della Commissione hanno espressamente lo scopo di verificare l'esattezza dei controlli effettuati dagli Stati membri, ciò che è confermato dalla filosofia generale che presiede al sistema dei controlli, rilevabile ad esempio dall'ottavo « considerando » del regolamento precitato, che motiva l'art. 9 dello stesso:

È vero che gli Stati membri sono tenuti ad adottare tutte le misure atte a facilitare i controlli che la Commissione ritenga utile effettuare, comprese le verifiche in loco (art. 9, paragrafo 1). Ma i controlli che si possono effettuare durante tali verifiche in loco non comprendono l'ipotesi di prelevamento dei campioni da parte della Commissione (paragrafo 2, 1° comma). Viceversa, ai sensi del paragrafo 2, 2° comma dell'articolo precitato, la *Commissione può richiedere agli Stati membri di effettuare controlli supplementari ai quali i suoi agenti possono partecipare.* Ed è a questa disposizione che, come è emerso significativamente nel corso dell'udienza, vanno collegati i campionamenti finora effettuati, peraltro in rare occasioni, dagli Stati membri su richiesta della Commissione, applicando dunque le procedure nazionali di controllo.

In proposito, la Commissione fa valere che « gli Stati membri mettono a disposizione della Commissione tutte le informazioni necessarie al buon funzionamento del Fondo » (art. 9, paragrafo 1); e che i suoi agenti possono controllare, tra l'altro, « le condizioni alle quali sono realizzate e verificate le operazioni finanziate dal Fondo » [art. 9, paragrafo 2, lett. c)]. Quest'ultima disposizione, letta alla luce della prima, consentirebbe — secondo la Commissione — il prelievo autonomo di campioni. Con una tale interpretazione, evidentemente, le « informazioni » comprenderebbero anche i campioni. Tuttavia, poiché sono pur sempre gli Stati membri che « mettono a disposizione » le informazioni, si ha la conferma che i controlli, le informazioni e con esse i campionamenti sono oggetto di un potere-dovere degli Stati membri; e che la Commissione, lungi dall'essere titolare di un autonomo potere al riguardo, deve limitarsi a controllare il puntuale rispetto degli obblighi imposti agli Stati membri.

24. D'altra parte, non mi sembra suscettibile di provare alcunché la considerazione della Commissione secondo cui, per essere efficaci, i controlli devono superare un quadro meramente contabile e che pertanto sarebbe « inconcepibile » che il Consiglio abbia inteso attribuirle unicamente controlli di tale tipo.

Almeno singolare sarebbe, al contrario, consentire che il potere in discorso sia dedotto per implicito laddove non solo non è espressamente prefigurato, ma è contraddetto visibilmente sia dall'attribuzione soltanto di un potere di controllo sui (...) controlli (anche a campione) degli Stati membri, sia dalla competenza esclusiva del Consiglio ad adottare regole generali di applicazione, sia dal criterio ispiratore dell'intero sistema.

Invero, pur riconoscendo che la tecnica del controllo a campione costituisce uno strumento utile per verificare il funzionamento del sistema e per dare un giudizio sulla sua gestione da parte degli Stati membri, non si può ragionevolmente consentire che l'uso

del campionamento, allorché contribuisce a determinare sanzioni finanziarie, non sia espressamente previsto e disciplinato nel rispetto delle forme e delle competenze specificamente e validamente attribuite.

I metodi applicati (sia per il campionamento che per le relative analisi) dovrebbero essere noti a priori agli operatori assoggettati al controllo nonché, evidentemente, agli stessi Stati, anche perché l'esistenza di procedure di controllo nazionali in materia (imposta dalla stessa legislazione comunitaria con l'art. 8 del regolamento n. 729/79) può essere in contrasto con le procedure utilizzate a livello comunitario; soprattutto, una regolamentazione ad hoc sarebbe idonea ad escludere o comunque a limitare una fonte di contenzioso derivante dalle inevitabili contestazioni dei risultati da parte degli Stati.

25. A conferma del fatto che la Commissione non dispone di un potere autonomo di prelevare campioni, è opportuno, inoltre, ricordare la proposta di regolamento relativo ai controlli e alle sanzioni nelle politiche comuni dell'agricoltura e della pesca [17], presentata dalla Commissione al Consiglio il 21 maggio 1990. Detta proposta, basata sull'art. 43 del Trattato e che copre tutti i prodotti agricoli, ricomprende espressamente, nei controlli che gli agenti della Commissione possono effettuare, « il prelievo e la verifica di campioni rappresentativi » (art. 3, paragrafo 2); ma emblematicamente prevede la facoltà per la Commissione di adottare disposizioni sul controllo *unicamente in quei casi in cui le è attribuito dalla normativa specifica di settore il potere di stabilire modalità di applicazione* in base a una delle procedure previste dalla decisione « comitologia » (art. 2, paragrafo 1).

26. E un'ulteriore conferma di quanto detto, pur se in un settore specifico e dunque in un contesto parzialmente diverso, è riscontrabile attraverso una comparazione del regolamento (CEE) del Consiglio 19 giugno 1989, n. 2048, che fissa le norme generali relative ai controlli nel settore vitivinicolo [18], rispetto alla relativa proposta della Commissione [19]. In quest'ultima era previsto il potere per gli agenti della Commissione di effettuare essi stessi il prelievo dei campioni (art. 6, paragrafo 3), nonché la competenza della Commissione ad adottare le relative modalità di applicazione (art. 16). Nel regolamento n. 2048/89 entrambe le disposizioni sono sparite; viceversa, è sancito che siano gli Stati membri ad effettuare, su richiesta della Commissione, i prelievi di campioni (art. 12).

27. Le istruzioni interne in questione, dunque, disciplinando unilateralmente le modalità di campionamento con un atto che nella sostanza è un regolamento d'applicazione dell'art. 9 del regolamento n. 729/70, mirano ad aggiungere surrettiziamente nuove prescrizioni a quelle già esistenti. Come tali, sono impugnabili.

28. Accertato quanto precede, occorre a questo punto verificare se le istruzioni in parola costituiscano una manifestazione definitiva di volontà. Una tale verifica è tanto

17 — GU C 137 del 6.6.1990, pag. 10.

18 — GU L 202 del 14.7.1989, pag. 32.

19 — GU C 24 del 29.1.1988, pag. 8.

più importante, nella fattispecie, dal momento che la Commissione, a sostegno della tesi dell'irricevibilità, ha sostenuto che, conformemente e analogamente a quanto la Corte ha statuito nella causa 60/81 [20] e nella causa 114/86 [21], le istruzioni avrebbero la natura di atto preparatorio e quindi non rientrerebbero nella categoria degli atti impugnabili.

29. In sostanza, la tesi della Commissione è che il ricorso della Francia è prematuro: non le istruzioni interne in discorso, ma le successive decisioni individuali di prelievo e di analisi dei campioni potrebbero semmai essere l'oggetto di un ricorso di annullamento.

In questi termini, è anzitutto da escludere che l'atto impugnato possa configurarsi come un atto preparatorio in senso stretto, cioè nella comune accezione di momento di un iter procedimentale che sfocia nell'adozione di un atto con efficacia esterna. Non è questo il caso di specie, come la stessa Commissione ha chiarito nel corso dell'udienza. Inconferente è dunque il richiamo alla sentenza in causa 60/81, dove era stata impugnata una comunicazione di addebiti in materia di concorrenza e la Corte esattamente ebbe a rilevare che « (...) quando si tratti di atti o di decisioni la cui elaborazione ha luogo in varie fasi, e in particolare al termine di un procedimento interno, costituiscono atti impugnabili solamente quei provvedimenti che stabiliscono in modo definitivo la posizione della Commissione o del Consiglio al termine di tale procedura, con esclusione dei provvedimenti provvisori destinati a preparare la decisione finale » [22].

30. Si tratterebbe, invece, nella prospettiva della Commissione, di un atto che, nella misura in cui *prelude* all'adozione di decisioni individuali o a comportamenti materiali, non sarebbe lesivo di interessi e quindi impugnabile in quanto tale. In più, la base giuridica delle successive decisioni individuali, che sole sarebbero lesive, sarebbe l'art. 9 del regolamento n. 729/70 e non già le istruzioni interne impugnate. Di qui il richiamo alla sentenza in causa 114/86.

La tesi in esame, per quanto suggestiva, è del tutto infondata e non mi pare possa essere ragionevolmente sottoscritta dalla Corte. Nella causa 114/86, la situazione era completamente diversa, in quanto si trattava di istruzioni che indicavano ai funzionari i criteri — neppure tassativi — per redigere gli elenchi « ristretti » dei candidati per i contratti di servizi nel campo della cooperazione istituita dalla Convenzione di Lomé. La Corte, senza neppure qualificare l'atto come « preparatorio », ha statuito che è « (...) la compilazione degli elenchi ad essere idonea a produrre effetti giuridici, nel senso che può avere la conseguenza di escludere talune imprese da detti elenchi e privarle così della possibilità di partecipare ai contratti considerati ». Ed ha aggiunto: « Questo è tanto più vero in quanto (...) gli elenchi di cui trattasi non sono, in linea generale, stabiliti in modo pienamente conforme ai criteri adottati dalla Commissione » [23].

20 — Sentenza 11 novembre 1981, IBM/Commissione, citata, punto 21 della motivazione.

21 — Sentenza 27 settembre 1988, Regno Unito/Commissione, citata, punto 13 della motivazione.

22 — Sentenza 11 novembre 1981, IBM/Commissione, citata, punto 10 della motivazione.

23 — Sentenza 27 settembre 1988, Regno Unito/Commissione, citata, punti 13 e 14 della motivazione.

Più che di atto preparatorio, mi sembra possa parlarsi, nel caso in parola, di un atto *sostanzialmente* interno. Secondo una concezione ben nota anche al diritto amministrativo, direttive impartite da un superiore gerarchico ai suoi dipendenti, allo scopo di orientarne l'attività in un determinato settore e che lasciano un margine di discrezionalità, non sono in grado di arrecare una lesione attuale di interessi: è impugnabile unicamente l'atto che si uniforma ad esse applicandole.

31. Nella presente procedura, viceversa, ci troviamo di fronte ad un atto di natura regolamentare, nella misura in cui, sulla base del presupposto che la Commissione sia titolare di un potere di campionamento autonomo dagli Stati membri, ne disciplina le principali modalità di esercizio: modalità che, come abbiamo sottolineato, introducono obblighi a carico degli Stati membri, e ancor più degli operatori, che il regolamento n. 729/70 non contempla. Non si tratta dunque di indicazioni ai funzionari, ma del mutamento della posizione giuridica dei terzi non destinatari apparenti. Come tale, l'atto è in sé già lesivo degli interessi dei terzi.

Accettare la tesi della Commissione equivarrebbe ad affermare che qualunque atto di natura regolamentare, nella misura in cui prelude a decisioni individuali o a comportamenti materiali, non sarebbe impugnabile e lo sarebbero solo le successive decisioni.

Per quanto mi riguarda, e fino a quando non sarà riscritto l'art. 173 del Trattato CEE, non riesco a sottoscrivere la tesi in discorso: a voler tacere d'altro, non mi pare in sintonia con le esigenze di economia delle procedure, di certezza dei rapporti giuridici e di applicazione uniforme del diritto comunitario. In ogni caso, equivarrebbe a dubitare dell'impugnabilità di qualsiasi regolamento o di qualsiasi atto a portata generale e non individuale.

32. Per le ragioni sin qui evidenziate, ritengo pertanto che, qualora la Corte voglia procedere alla qualificazione dell'atto esclusivamente in base al contenuto delle sue disposizioni, si debba concludere che le istruzioni interne impugnate mirano a produrre effetti giuridici nei confronti degli Stati membri e degli operatori del settore e che pertanto il ricorso del governo francese è ricevibile.

Nel merito

33. Una volta che lo si fosse ritenuto ricevibile, non mi pare che si possa ragionevolmente evitare di accogliere il ricorso del governo francese. I vizi lamentati sono quelli dell'incompetenza della Commissione ad adottare l'atto e lo sviamento di potere.

La risposta è contenuta nelle considerazioni che precedono. L'art. 9 del regolamento n. 729/70 attribuisce al Consiglio, e solo al Consiglio, la competenza a porre in essere « le norme generali di applicazione dello stesso articolo ». In nessun'altra disposizione conferente è attribuita alla Commissione un'analoga competenza. Sicché, senza bisogno di ulteriori commenti, le « istruzioni interne » vanno annullate per incompetenza assoluta della Commissione.

Conclusioni

In definitiva, propongo alla Corte di dichiarare il ricorso irricevibile, in quanto l'atto impugnato difetta dei requisiti di forma essenziali di un atto vincolante, compensando le spese tra le parti, in considerazione dell'incertezza che l'atto oggettivamente produce quanto all'onere di impugnazione da parte di uno Stato membro.

Ove la Corte ritenesse di dover comunque apprezzare il contenuto dell'atto impugnato, propongo di dichiarare ricevibile il ricorso e di accoglierlo nel merito, annullando l'atto per incompetenza assoluta della Commissione e condannando quest'ultima alle spese di giudizio.