SIDI

Società Italiana di Diritto Internazionale

17

L'UNIONE EUROPEA A VENT'ANNI DA MAASTRICHT

VERSO NUOVE REGOLE

XVII Convegno
Genova
31 maggio - 1 giugno 2012

a cura di

Sergio M. Carbone

EDITORIALE SCIENTIFICA

ES

Pubblicazioni della Società Italiana di Diritto Internazionale

1. *La riforma del Diritto internazionale privato italiano* (I Convegno – Roma 1996), Napoli, 1997
2. *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione della Organizzazione Mondiale del Commercio* (II Convegno – Milano 1997), Napoli, 1998
3. *Cooperazione fra Stati e giustizia penale internazionale* (III Convegno – Siena 1998), Napoli, 1999
4. *Riforme Costituzionali. Prospettiva europea e prospettiva internazionale* (IV Convegno – Salerno 1999), Napoli, 2000
5. *La Moneta tra sovranità statale e diritto internazionale* (V Convegno – Torino 2000), Napoli, 2001
6. *Il diritto internazionale del mare fra usi antichi e nuove forme di utilizzazione* (VI Convegno – Padova, Treviso, Venezia 2001), Napoli, 2002
7. *L'internazionalizzazione dei mezzi di comunicazione e la sovranità statale* (VII Convegno – Napoli 2002), Napoli, 2003
8. *Ordine internazionale e valori etici* (VIII Convegno – Verona 2003), Napoli, 2004
9. *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale comunitario e interno* (IX Convegno – Roma 2004), Napoli, 2005
10. *Regioni e autonomie territoriali nel diritto internazionale ed europeo* (X Convegno – Trieste-Gorizia 2005), Napoli, 2006
11. *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente* (XI Convegno - Alghero 2006), Napoli, 2007
12. *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico. Soggetti, valori e strumenti* (XII Convegno – Milano 2007), Napoli, 2008
13. *La crisi del disarmo nel diritto internazionale. Nel quarti centenario della morte di Alberico Gentili* (XIII – Convegno Roma 2008), Napoli, 2009
14. *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata,* (XIV – Convegno Bari 2009), Napoli, 2010
15. *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali,* (XV – Convegno Bologna 2010), Napoli 2011
16. *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, (XVI – Convegno Catania 31 Maggio - 1 giugno) Napoli 2012

SIDI
Società Italiana di Diritto Internazionale

L'UNIONE EUROPEA A VENT'ANNI DA MAASTRICHT: VERSO NUOVE REGOLE

XVII Convegno
Genova
31 Maggio - 1 giugno 2012

a cura di

S.M. Carbone

EDITORIALE SCIENTIFICA

Proprietà letteraria riservata

©Copyright 2013

Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISBN 978-88-6342-486-7

INDICE-SOMMARIO

Presentazione IX
EDOARDO GREPPI

Introduzione
SERGIO M. CARBONE XIII

SESSIONE INAUGURALE

Diritto internazionale dell'economia e crisi dell'euro

Relazioni

GIAN LUIGI TOSATO
L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'euro 3

MARIA CHIARA MALAGUTI
L'Unione europea e le organizzazioni finanziarie internazionali 27

CHIARA ZILIOLI
La Banca Centrale Europea vent'anni dopo:
nuove funzioni, nuovi poteri 55

GIOVANNA ADINOLFI
La sovranità economica tra meccanismi istituzionali
di controllo e agenzie private 65

PRIMA SESSIONE PARALLELA

Unione europea e diritto del commercio internazionale

Relazioni

FABRIZIO MARRELLA
Unione europea ed investimenti diretti esteri 107

PETER KINDLER
Crisi dell'impresa e insolvenza transnazionale alla luce del regolamento n. 1346/2000. Verso una riforma della competenza internazionale? 141

LUCA G. RADICATI DI BROZOLO
Corporate governance tra autonomia privata, norme e *best practices* 161

DANIELE GALLO
Le *golden shares* e la trasformazione del *public/private divide*: criticità, sviluppi e prospettive del diritto dell'Unione europea tra mercato interno e investimenti extra-UE 177

GIULIO PERONI
Gli aiuti di Stato alle imprese in tempo di crisi e loro compatibilità rispetto alle regole del commercio europeo e internazionale 233

SECONDA SESSIONE PARALLELA

Le nuove sfide del diritto internazionale privato e processuale "europeo"

Relazioni

HERBERT KRONKE
The Law Applicable to Intermediated Securities and to Issues of Liability in the Intermediated Securities Holding System 253

STEFANIA BARIATTI
Abuso del diritto, conflitti di leggi e diritto del commercio internazionale: spunti di riflessione sul *forum shopping* 269

BRUNO NASCIMBENE
Operatività e limiti del mutuo riconoscimento nella circolazione delle sentenze e degli atti 285

ANTONIO LEANDRO
Verso il sequestro europeo su conti bancari nel bilanciamento tra tutela del creditore e diritti fondamentali del debitore 323

MICHELE MALTESE
Le forme di cooperazione internazionale nelle procedure di insolvenza transfrontaliera 341

SESSIONE CONCLUSIVA

Gli effetti del diritto dell'Unione europea sul diritto processuale nazionale

Relazioni

CLAUDIO CONSOLO
I diritti processuali nazionali a vent'anni da Maastricht: introduzione 369

ENZO CANNIZZARO
Diritto dell'Unione europea e processo civile 385

ROBERTO MASTROIANNI
Diritto dell'Unione europea e processo penale 405

PATRIZIA DE PASQUALE
Diritto dell'Unione europea e procedimenti davanti alle autorità indipendenti 433

PAOLA IVALDI
Diritto dell'Unione europea e processo costituzionale 461

APPENDICE

Organi direttivi SIDI 499

PRESENTAZIONE

I due decenni trascorsi dalla firma del trattato di Maastricht e dalla nascita dell'Unione europea, hanno offerto alla Società Italiana di Diritto Internazionale (SIDI) l'occasione per un tentativo di bilancio e per un approfondimento in chiave prospettica. Il trattato di Maastricht ha rappresentato un momento di svolta nel processo di integrazione europea, da un lato rafforzando la spinta verso una maggiore integrazione economica – attraverso, ad esempio, la realizzazione dell'unione economica e monetaria – e, contemporaneamente, riuscendo ad andare oltre la dimensione economica, aprendo a un'integrazione anche di tipo politico. Infatti, è proprio con Maastricht che, per la prima volta, vengono poste nei trattati le basi per la creazione di una politica estera e di sicurezza comune e per un sensibile rafforzamento della cooperazione in materia di giustizia e affari interni. Inoltre, si introduce la cittadinanza europea, destinata a diventare "lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri", nonché il primo seme per la formazione di un *demos* europeo, contribuendo, così come previsto fin dai trattati istitutivi e ribadito dall'art. 1 TUE, "alla creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa". Risulta perciò evidente come sia più che mai necessario guardare con attenzione rinnovata al trattato di Maastricht, soprattutto alla luce della grave crisi che ha colpito alcuni dei suoi capisaldi, a partire dall'unione economica e monetaria, e che rischia di mettere in pericolo il futuro dell'intero processo di integrazione europea.

Il 31 maggio e il 1° giugno 2012, in collaborazione con il Dipartimento "G.L.M. Casaregi" (Sezione di diritto internazionale), dell'Università di Genova si è tenuto il XVII Convegno annuale della Società, con il titolo "L'Unione europea a vent'anni da Maastricht: verso nuove regole", sotto la presidenza dei professori Giorgio Gaja e Sergio M. Carbone, presidente e vice presidente della SIDI.

Sergio Maria Carbone, nella sua introduzione, ha presentato il Convegno, indicando i percorsi delle diverse sessioni e sottolineandone i profili più rilevanti.

Una prima sessione – presieduta da Andrea Comba – ha affrontato la crisi dell'euro nella sua cornice ampia di diritto internazionale dell'economia. Le relazioni hanno analizzato i temi della *governance*, delle regole applicabili e delle ipotesi di riforma, la collocazione dell'Unione europea nell'ambito delle organizzazioni finanziarie inter-

nazionali, i poteri della Banca Centrale Europea e la sovranità economica tra i meccanismi internazionali di controllo e le agenzie private.

Una seconda sessione è stata articolata in sessioni parallele. Una di esse – coordinata da Alberto Mazzoni – ha presentato gli aspetti rilevanti dell'Unione europea rispetto al diritto del commercio internazionale, esaminando gli aspetti relativi agli investimenti esteri, alla crisi dell'impresa e insolvenza transnazionale, alla *corporate governance* tra autonomia, norme e *best practices*, alle *golden shares*, e agli aiuti di stato alle imprese e loro compatibilità con le regole del diritto del commercio europeo e internazionale. L'altra – presieduta da Fausto Pocar – ha affrontato le sfide del diritto internazionale privato e processuale "europeo", analizzando la legge applicabile alla responsabilità e alla disciplina delle *intermediate securities*, l'abuso del diritto, l'operatività e i limiti del mutuo riconoscimento nella circolazione delle sentenze e degli atti, nonché il futuro sequestro europeo su conti bancari e le forme di cooperazione internazionale nelle procedure di insolvenza transfrontaliere.

L'ultima sessione – coordinata da Claudio Consolo – ha esplorato gli effetti del diritto dell'Unione europea sul diritto processuale nazionale, affrontando gli aspetti relativi al processo civile, a quello penale, a quello amministrativo e a quello costituzionale, nonché i procedimenti davanti alle autorità indipendenti.

Il Convegno ha visto una nutrita partecipazione di studiosi del diritto internazionale e del diritto dell'Unione europea, con una significativa presenza di giovani. Alcuni di questi – nell'ambito del Convegno – hanno ricevuto i premi SIDI (attribuito per un articolo in materia di diritto internazionale, di diritto internazionale privato o di diritto dell'Unione europea), "Riccardo Monaco" (per tesi di dottorato dedicate a temi di organizzazione internazionale e di diritto dell'Unione europea) e "Daniele Padovani" (per una tesi di laurea in diritto internazionale privato e processuale).

Un ringraziamento particolare va ai Colleghi dell'Università di Genova e, in particolare, a Sergio M. Carbone, Paola Ivaldi, Francesco Munari, Ilaria Queirolo, Lorenzo Schiano di Pepe, Chiara Tuo, Laura Carpaneto, Maria Elena De Maestri e Francesco Pesce, che hanno permesso la realizzazione del Convegno. Il loro impegno appassionato ha consentito la programmazione e la realizzazione di un Convegno che lascia una traccia significativa nella storia della nostra Società.

La riuscita del Convegno, poi, si deve alla dott.ssa Monica Sitzia e ai numerosi giovani collaboratori del Dipartimento, che hanno accompagnato le diverse fasi delle giornate genovesi.

La realizzazione di questo volume, in particolare, si deve all'impegno di Sergio M. Carbone e di Chiara Tuo.

Un vivo ringraziamento, poi, va al dott. Roberto Storchi, responsabile della Segreteria della SIDI presso l'Istituto di Studi Giuridici Internazionali (ISGI) di Roma del Consiglio Nazionale delle Ricerche.

Edoardo Greppi
Segretario Generale della SIDI

INTRODUZIONE

Sergio M. CARBONE·

Allorché l'Università di Genova è stata invitata dal Consiglio della SIDI ad organizzare l'incontro odierno, si ritenne di proporre un tema che riprendesse e ricomprendesse tutte le componenti scientifiche che tradizionalmente sono riconducibili alla SIDI: e cioè, il diritto internazionale pubblico, il diritto internazionale privato e il diritto dell'Unione europea.

Si decise, peraltro, di ricondurre tali profili ad una ricorrenza storica che, in qualche modo, fosse in grado di confermare l'attualità di una visione unitaria delle tre componenti scientifiche della nostra disciplina. Tale evento va individuato nei venti anni dal Trattato di Maastricht, firmato il 7 febbraio 1992, quando ancora non erano percepiti i tumultuosi sviluppi della Comunità internazionale e dell'Unione europea.

Si desiderava, infatti, riportare l'attenzione scientifica su un Trattato, quello istitutivo della CEE, concluso in un momento in cui emergevano chiaramente le difficoltà di avviare una vera e propria "unità europea" a seguito di alcuni importanti eventi storici che ne avevano frustrato le ambizioni degli inizi della seconda metà del secolo scorso (come lucidamente indicato da De Gasperi, tale Trattato veniva concluso in presenza di una ancora aperta incertezza sull'evoluzione dell'Unione europea). In occasione della Riforma di Maastricht, si registravano, da un lato, le posizioni impegnate a favore di una rapida evoluzione della Comunità europea verso un'unione politica a netta impronta federale con al suo centro il Parlamento europeo, da cui l'Unione europea doveva trarre legittimazione democratica. Dall'altro lato, la posizione di coloro che, sensibili all'esigenza di ridurre nella massima misura possibile le limitazioni delle sovranità nazionali derivanti dalla partecipazione alla Comunità europea, ritenevano di inquadrare la maggior parte delle materie loro attribuite nell'ambito di accordi intergovernativi grandemente dipendenti da tecniche e criteri interpretativi propri del diritto internazionale.

Eppure, in tale occasione non si ebbe esitazione ad adottare importanti principi (che, ad esempio, hanno innovato in materia di cittadinan-

· Emerito nell'Università degli studi di Genova.

za, riconoscendo il diritto di voto a tutti i cittadini comunitari alle elezioni comunali superando, così, il disposto dell'art. 48 della nostra Costituzione, secondo cui sono elettori soltanto i cittadini italiani. Ma non soltanto) in senso fortemente limitativo dalla sovranità statale: il governo europeo dell'economia e della moneta, il ruolo della Comunità europea nei rapporti internazionali e la cooperazione in tema di giustizia all'interno di uno spazio unitario.

Vennero, infatti, poste le basi dell'unione economica-monetaria e di una presenza unitaria della Comunità europea in ambito internazionale. Si prevedeva già l'evoluzione verso una moneta comune con potere, secondo le espressioni dell'epoca, di acquisto stabile, spendibile in tutta l'Unione, che avrebbe dovuto rafforzare la posizione dell'Europa nelle varie organizzazioni economiche e finanziarie internazionali. Nell'ambito di tali organizzazioni, e più in generale nei rapporti internazionali, l'Unione europea, pertanto, doveva parlare "*con una sola voce e presentarsi con un unico volto*".

Per quanto riguarda, infine, il c.d. terzo pilastro del Trattato di Maastricht, si ponevano le basi di una sempre più intensa cooperazione ed integrazione negli affari giudiziari.

Tale evoluzione sembrava, quindi, rivolta a realizzare un progresso reale sulla via di quell'Unione europea a vocazione federale che dagli anni cinquanta suscita entusiasmo genuino, nonostante i ritardi e le difficoltà incontrate.

La crisi economica e finanziaria degli ultimi anni, le difficoltà a contenere i disavanzi pubblici, la *governance* internazionale dell'economia e della finanza affidata ad organismi tecnici privi di un vero e proprio *government* politico, oltreché di legittimazione democratica, hanno messo in discussione il percorso tracciato sin dal Trattato di Maastricht ed hanno riproposto la divaricazione tra la prospettiva internazionalistica e quella federalista dell'Unione europea.

Si ripropone, pertanto, ancora oggi il rapporto e la reciproca intensa interrelazione tra diritto internazionale e diritto dell'Unione europea oltreché, nel suo ambito, l'importanza sempre più significativa della collaborazione giudiziaria.

Queste le ragioni del nostro incontro e della scelta degli argomenti delle nostre giornate di studio nella profonda convinzione che, come già precisato autorevolmente in altra sede, le nostre discipline non debbano chiudersi a difesa di orticelli accademici, ma aprirsi alla collaborazione con i cultori di altre materie. Ne è, tra l'altro, testimonianza la designazione, nell'ambito delle nostre giornate di studio, dei Presidenti di due delle quattro sessioni di lavoro e di un importante relatore tra autorevoli

esponenti anche di raggruppamenti scientifici diversi dal nostro. Ma al tempo stesso non possiamo esimerci dal dovere di assicurare la difesa del ruolo e della identità della nostra disciplina, coltivarne la specificità ed impegnarci per il suo sviluppo senza regredire rispetto alle materie ad essa appartenenti nel solco della nostra tradizione.

Con questo auspicio e con questo impegno auguro a tutti i partecipanti buon lavoro.

SESSIONE INAUGURALE

DIRITTO INTERNAZIONALE DELL'ECONOMIA E CRISI DELL'EURO

L'INTEGRAZIONE EUROPEA AI TEMPI DELLA CRISI DELL'EURO*

Gian Luigi TOSATO**

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. I difetti strutturali dell'euro. – 3. Una crisi dirompente e contagiosa. – 4. Le misure anti-crisi già adottate. – 5. L'istituzione di fondi di salvataggio. – 6. Le operazioni straordinarie della BCE. – 7. La disciplina delle politiche economiche e di bilancio. – 8. Le nuove misure in gestazione. – 9. Le misure per la crescita. – 10. Verso l'unione bancaria. – 11. Le misure di stabilizzazione dei debiti sovrani. – 12. Considerazioni finali circa l'impatto della crisi sull'integrazione europea.

1. Considerazioni introduttive

In questi tempi in cui l'euro attraversa una gravissima crisi, e taluni paventano una rottura totale o parziale dell'unione monetaria, con ripercussioni negative sul funzionamento dello stesso mercato interno europeo, sembra opportuno riflettere, in termini giuridico – istituzionali, circa origini, sviluppi e possibili esiti della crisi. In questo quadro, ci soffermeremo a ragionare sui seguenti punti: le cause della crisi e le sue manifestazioni; le misure già adottate per farvi fronte (meccanismi di sostegno, disciplina di bilancio) e quelle in gestazione (relative a crescita, credito, scudo anti-spread); infine, ci interrogheremo circa gli effetti della crisi sul processo di integrazione europea[1].

* Testo riveduto e aggiornato della relazione tenuta al Convegno annuale della Società Italiana di Diritto Internazionale (SIDI), svoltosi a Genova il 31 maggio – 1° giugno 2012. Il lavoro è in corso di pubblicazione sulla Rivista di diritto internazionale.

** Ordinario di Diritto internazionale, Università di Roma La Sapienza.

[1] Sulla crisi dell'euro la letteratura economica è vastissima; lo è meno, per ora, quella giuridica. Si vedano da ultimo: M. RUFFERT, *The European Debt Crisis and European Union Law,* in *Common Market Law Review*, 2011 pp. 1777 – 1805; C. OHLER, *The European Stability Mechanism: The Long Road to Financial Stability in the Euro Area,* in *German Yearbook of International Law*, 2011, pp. 47-74; G. PERONI, *Il Trattato di Lisbona e la crisi dell'euro: considerazioni critiche ,* in *Il Diritto dell'Unione Europea,* 2011, pp. 971-998; P. ATHANASSIOU, *Of past measures and future plans for Europe's exit from the sovereign debt. crisis: what is legally possible (and what it is not),* in *European Law Review,* 2011, pp. 2-22; H. OVERBEEK, *Sovereign Debt Crisis in Euroland: Root Causes and Implications for European Integration,* in *The International Spectator*, 2012,

2. I difetti strutturali dell'euro

Secondo l'opinione corrente le cause della crisi sono da ricondursi a difetti genetici del sistema euro. Si è perseguita la creazione di una moneta unica senza preoccuparsi di dotarla delle necessarie strutture di sostegno. Il governo della moneta è rimasto separato da quello dell'economia: centralizzato il primo a livello europeo, riservato il secondo alla competenza degli Stati. La gestione della politica monetaria è stata affidata ad una istituzione, la Banca Centrale Europea (BCE), priva di tutte quelle prerogative in campo monetario e finanziario che caratterizzano tradizionalmente le banche centrali; per il coordinamento delle politiche economiche nazionali sono stati previsti meccanismi di *soft law*, di dubbia efficacia sul piano giuridico e pratico; quanto alla disciplina di bilancio, norme rigorose sono state bensì dettate per prevenire disavanzi eccessivi, ma si è rimessa la loro applicazione alle logiche discrezionali (e poco affidabili) di un organo politico e intergovernativo come il Consiglio. E questo per limitarsi ad alcuni fra i difetti di struttura più frequentemente imputati al sistema di Maastricht[2].

È difficile dubitare della fondatezza di questi rilievi. Giova però ricordare che la creazione dell'euro non è il frutto di un disegno estemporaneo e velleitario. Scaturiva dalle difficoltà di funzionamento del mercato unico (specie una volta esteso ai movimenti di capitale) in presenza di una pluralità di monete nazionali. Il contenimento della fluttuazione dei cambi, a cui era finalizzato il Sistema Monetario Europeo(SME), non aveva dato buona prova. Il progetto euro è stato concepito in queste circostanze[3]. Ed è intuitivo che non sarebbe mai partito, se si fosse voluto curare *ex ante* tutte quelle debolezze strutturali di cui si è detto.

A ben vedere, le critiche si riportano all'idea che battere moneta costituisce una prerogativa dello Stato sovrano. E questo assunto viene ro-

pp. 39-46; C. ANTPOEHLER, *Emergenz der europaischen Wirtschaftsregierung,* in *ZaoRV*, 2012, 353-393; G. DELLA CANANEA, *L'ordinamento giuridico dell'Unione Europea dopo i nuovi accordi intergovernativi*, in *La Comunità internazionale*, 2012, pp. 3-12; E. CHITI, *Le istituzioni europee, la crisi e la trasformazione costituzionale dell'Unione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, pp. 783-790; U. DRAETTA, *Quale futuro per l'Eurozona e l'Unione europea?* in *Studi sull'integrazione europea,* 2012, pp. 23-32. M. POIARES MADURO, B. DEWITTE, M. KUMM, *The Euro Crisis and the Democratic Governance of the Euro: Legal and Political Issues of a Fiscal Crisis,* Policy Report, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2012, pp. 1-10.

[2] Sui difetti originari dell'unione economica e monetaria vedi, da ultimo, S. MICOSSI, *Unholy Compromise in the Eurozone and how to mend it, CEPS Policy Brief* No. 277, 16 July 2012, disponibile nel sito http://www.ceps.eu.

[3] Vedi G.L. TOSATO – R. BASSO, *L'unione economica e monetaria*, Torino, 2007, p. 14 ss.

vesciato nella proposizione reciproca: non ci può essere moneta senza che dietro vi sia uno Stato. L'Europa non presenta attualmente i connotati propri di una entità statuale, né è destinata ad acquisirli in un prossimo futuro. Le sarebbe dunque precluso, per definizione, l'adozione di una moneta unica, sostitutiva di quella degli Stati membri.

In realtà, i Padri dell'euro (leggi: il Comitato Delors)[4] si sono trovati di fronte ad un'alternativa: o sacrificare le esigenze del mercato unico, specie della sua componente finanziaria, che richiedevano il superamento dei rischi di cambio fra monete nazionali autonome; o viceversa tenere conto di queste esigenze ed avviare l'introduzione dell'euro, pur con i difetti strutturali che soli ne avrebbero consentito l'avvio. Nell'alternativa si è scelta l'opzione euro. Da un lato non si volevano pregiudicare i risultati positivi del mercato unico, dall'altro si confidava su di una graduale evoluzione dell'unione monetaria, tale da rimediare in fase applicativa alle sue debolezze genetiche[5].

3. Una crisi dirompente e contagiosa

Qualche segno delle disfunzioni dell'euro si è manifestato fin dall'inizio. Lo evidenziano le procedure per disavanzi eccessivi bloccate dal Consiglio, con Francia e Germania in prima fila a dare il cattivo esempio, e altri governi (come il nostro) complici, perché consapevoli della fragilità dei conti pubblici di casa[6]. È emersa subito, inoltre, l'inconsistenza dei programmi di coordinamento delle politiche economiche nazionali, affidati a vaghi obiettivi (quelli della strategia di Lisbona 2010) e a meccanismi di *peer review* di problematica efficacia[7].

Tuttavia, per quasi un decennio i mercati finanziari non hanno prestato particolare attenzione a questi segnali[8]. Si sono basati piuttosto sul-

[4] Istituito dal Consiglio europeo di Hannover del 27-28 giugno 1988 con "*l'incarico di studiare e proporre le tappe concrete*" per la "*realizzazione graduale di una unione economica e monetaria"*.

[5] Cfr. P. LAMY, *Setting up and governing the euro*, in *Notre Europe*, *Tribune* 2012, disponibile nel sito http://www.Notre-Europe.eu/uploads/tx.publication/SettingUp.

[6] Ci si riferisce, in particolare, alla decisione (presa dal Consiglio il 25 novembre 2003) di sospendere l'applicazione del Patto di stabilità e crescita nei confronti di Francia e Germania. Su questa vicenda vedi la sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 2004, causa C-27/2004, Commissione c. Consiglio.

[7] La norma base è costituita dall'art. 121 TFUE (già art. 99 TCE), che si limita a prevedere l'adozione di "indirizzi di massima per il coordinamento delle politiche economiche nazionali".

[8] Come si legge nel *Rapporto sull'unione economica e monetaria nella Comunità europea* (Comitato *Delors,* Lussemburgo, 17 aprile 1989, punto n. 30): "*I vincoli imposti*

la dichiarata irreversibilità dell'euro e sulla solidità complessiva del blocco economico europeo. E così sono stati tempi propizi per tutta l'eurozona: bassa inflazione, bassi tassi di interesse, spread contenuti fra i debiti pubblici dei vari Paesi, credito bancario abbondante. Ma non tutti hanno utilizzato allo stesso modo questa favorevole congiuntura. C'è chi (*in primis*, la Germania) ne ha approfittato per attuare riforme strutturali, investire nell'innovazione, aumentare la produttività delle proprie imprese, spingere le esportazioni e limitare le spese correnti. E chi invece (fra questi l'Italia) non è stato in grado di praticare una politica analoga; e così, lungi dall'incidere significativamente sul debito pregresso, ha finito per arretrare vistosamente in termini di competitività.

Le asimmetrie della zona euro, inizialmente coperte dallo scudo della moneta comune, sono esplose con l'arrivo della crisi[9]. Le vicende sono note: la crisi, all'origine di natura finanziaria (2008), ha investito poi l'economia reale (2009) e ha preso quindi di mira il debito sovrano dei Paesi più deboli (2010). Ne hanno fatto la spesa una serie di Stati periferici, a partire della Grecia, sui quali si è abbattuta la speculazione al ribasso degli operatori. Per questi Stati, gli spread sui titoli pubblici si sono ingigantiti, gli oneri finanziari sono divenuti insostenibili, le fonti di finanziamento si sono improvvisamente esaurite, la prospettiva di insolvenza è divenuta concreta. Non solo: data la stretta interconnessione economica e finanziaria della zona euro, il pericolo di contagio si è rapidamente diffuso. In effetti, l'Europa si è trovata investita da una tempesta economica e finanziaria che ha fatto riandare con la mente alla grande crisi americana del '29[10].

4. Le misure anti-crisi già adottate

L'Unione era del tutto impreparata a fronteggiare una situazione del genere. Il sistema di Maastricht non si dava carico dell'ipotesi "crisi" e delle misure da prendere in una tale eventualità. L'idea di fondo era che ciascuno Stato dovesse rispondere delle proprie politiche economiche e di bilancio; e, nel caso di deviazioni dalle regole convenute, fosse il solo

dalle forze di mercato possono essere o troppo lenti e deboli o troppo repentini e dirompenti".

[9] Sulle asimmetrie della zona euro vedi A. BOLTHO – W. CARLIN, *The problems of European monetary union – asymmetric shocks or asymmetric behaviour*? In *Vox, 3 marzo 2012,* disponibile nel sito http://www.voxeu.org/article/problems-eurozone.

[10] Vedi P. KRUGMAN, *The Return of Depression Economics and the Crisis of 2008,* New York, 2009.

a doverne sopportare le conseguenze. Una norma del Trattato (ora art. 125 TFUE) escludeva espressamente categorico che dei debiti di uno Stato membro potessero essere chiamati a rispondere l'Unione o gli altri Stati membri[11].

In queste circostanze si sono delineate due opposte strategie. L'una a favore di una rigorosa applicazione del sistema di Maastricht: in pratica, l'abbandono degli Stati in difficoltà al loro destino. Questo comporterebbe, per tali Stati, l'avvio di procedure di insolvenza, l'uscita dall'euro, il ripristino di una moneta nazionale e il ricorso alla leva monetaria (leggi: inflazione) per il riequilibrio dei conti pubblici. L'Unione dovrebbe limitarsi a rendere meno traumatica l'uscita dall'euro. Sul fronte opposto si collocano quanti vedono la via di uscita dalla crisi in un deciso avanzamento delle strutture federali. Occorre passare – è questa la tesi – dall'unione monetaria ad una vera e propria unione economica, con un governo dell'economia ad affiancare il governo della moneta, la comunitarizzazione (in tutto o in parte) dei debiti nazionali e l'emissione di titoli di debito pubblico europei (*Eurobonds*). Naturalmente, questi sviluppi richiedono appropriate riforme istituzionali per garantirne la necessaria legittimazione democratica[12].

La soluzione di fatto seguita può considerarsi in qualche modo intermedia tra le due indicate strategie. Dalla seconda viene mutuato l'obiettivo di salvaguardare la stabilità dell'euro e di rafforzare i meccanismi di governance economica; dalla prima, l'esclusiva responsabilità degli Stati per i debiti da ciascuno di essi contratti e il conseguente rigetto di una loro condivisione a livello europeo. Più in concreto, le misure anti-crisi adottate tra il 2010 e il 2011 si riconducono a due tipologie: la predisposizione di meccanismi di sostegno per gli Stati in difficoltà e il rafforzamento dei controlli sulle politiche economiche e di bilancio nazionali. Con le misure del primo tipo si è perseguito un obiettivo a breve di contenimento della crisi; con le seconde, si è inteso curare più stabilmente le cause sottostanti[13].

[11] Ai sensi dell'art. 125 TFUE: "L'Unione non risponde né si fa carico degli impegni assunti dalle amministrazioni statali … di qualsiasi Stato membro … Gli Stati membri non sono responsabili né subentrano agli impegni dell'amministrazione statale … di un altro Stato membro". Un commento analitico di questa disposizione si trova in P. ATHANASSIOU, *op. cit*., p. 3 ss.

[12] Per una rassegna delle opzioni in discussione vedi H. OVERBEEK, *op. cit*., p. 40 ss.

[13] Per una puntuale ricostruzione delle misure in discorso e del contesto in cui sono state adottate vedi F. NELLI FEROCI, *La riforma dell'assetto di governance economica dell'Unione Europea*, Lectio Magistralis tenuta al Collegio Europeo di Parma il 21 maggio 2012, disponibile nel sito http://www.italiaeu.it; M. MESSORI, *La governance econo-*

È bene tenere presente che le misure in discorso sono il frutto di uno sforzo creativo (e laborioso ad un tempo). Il che ne spiega le carenze in termini di tempestività, linearità e sufficienza. Le difficoltà maggiori sono venute, come è ovvio, da tensioni di natura politica; non sono mancati peraltro anche problemi di ordine giuridico (al traino, non di rado, o comunque di riflesso, a motivazioni di carattere politico).

5. L'istituzione di fondi di salvataggio

La creazione di fondi di salvataggio si è scontrata con una lettura rigorosa del già citato art. 125 TFUE. Stando a questa lettura, la norma in discorso non si limiterebbe ad isolare i debiti di uno Stato membro dagli altri Stati membri e dall'Unione. Essa vieterebbe altresì ogni e qualsiasi misura di sostegno a favore di Paesi in crisi[14]. Si può discutere sulla fondatezza di questa tesi, per la verità non giustificata da una interpretazione testuale[15]. Ma tant'è: si tratta di una tesi corrente, al punto che l'art. 125 TFUE viene normalmente identificato come la clausola del non salvataggio (*no-bailout*), senza ulteriori qualificazioni.

Il superamento dello scoglio è avvenuto per approssimazioni successive[16]. In una prima fase, per varare aiuti urgenti alla Grecia, si è fatto ricorso ad un fascio di accordi bilaterali con quel Paese[17]. Si è ragionato che l'art. 125, se esclude aiuti obbligatori o interventi collettivi dell'Unione, non può opporsi ad iniziative volontarie di singoli Stati membri. Ed è su queste basi che si è approntata la soluzione degli accordi bilaterali. Ma si trattava evidentemente di una soluzione precaria, idonea a far fronte a interventi isolati, non di una soluzione istituzionale per una pluralità di situazioni di crisi.

Il passaggio successivo è ancorato all'art. 122 TFUE (già art. 100 TCE). Questa norma autorizza la concessione di assistenza finanziaria ad uno Stato membro che versi in gravi difficoltà a causa di "circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo". Su queste basi sono stati istituiti due fondi per il sostegno dei Paesi in crisi: lo *European Financial*

mica europea, in *La finanza pubblica italiana*. *Rapporto 2012*, a cura di A. Zanardi, Bologna, 2012, pp. 49-75.

[14] In questo senso M. RUFFERT, *op. cit*., p. 1785 ss.

[15] Sul punto G. L. TOSATO, *Il salvataggio della Grecia rispetta i Trattati,* in *Affarinternazionali* del 21/05/2010, disponibile nel sito http://www.Affarinternazionali.it/Articolo.asp?ID=1458.

[16] Al riguardo confronta P. ATHANASSIOU, *op. cit*., p. 6 ss.

[17] Vedi la Dichiarazione dei Capi di Stato e di Governo della zona euro del 25 marzo 2010, nonché lo Statement by the Eurogroup del 2 maggio 2010.

Stabilisation Mechanism (EFSM) e la *European Financial Stability Facility (EFSF*)[18]. Il primo fondo opera all'interno dell'Unione e attinge alle risorse del bilancio di quest'ultima[19]; il secondo si avvale di una società di diritto privato lussemburghese, partecipata e finanziata *pro quota* dagli Stati della zona euro[20]. L'art. 122 TFUE è stato costruito come norma speciale in deroga all'art. 125 TFUE. In altre parole, misure di salvataggio, in principio vietate, si reputano tuttavia ammesse in presenza di circostanze eccezionali.

Naturalmente è discutibile se le difficoltà degli Stati primi beneficiari dell'EFSM e EFSF (Grecia, Portogallo, Irlanda) potessero rientrare fra quelle previste dalla norma in discorso. Le contestazioni al riguardo non sono mancate, anche se respinte dal *Bundesverfassungsgericht* nella sentenza sugli aiuti alla Grecia del 7 settembre 2011. Certo è, però, che l'art. 122 TFUE autorizza interventi eccezionali e limitati nel tempo, non strumenti di tipo permanente. E difatti, l'EFSM è soggetto a revisioni semestrali, e all'EFSF si è posta una scadenza triennale[21]. Bisognava, dunque, andare al di là dell'art. 122, per istituire un meccanismo di sostegno stabile, così come richiesto dalla natura della crisi e dalle aspettative dei mercati finanziari.

Si giunge così ad una terza fase del processo di elaborazione dei meccanismi di sostegno. Questa fase si articola in due momenti, costituiti – il primo – da una modifica dell'art. 136 TFUE e – il secondo – dalla conclusione di un accordo internazionale. Con procedura di revisione semplificata si è inserita una nuova norma nell'art. 136 TFUE, che autorizza la creazione di un meccanismo permanente a tutela della stabilità monetaria[22]. In forza di questa modifica, gli Stati della zona euro hanno sottoscritto il Trattato istitutivo dello *European Stability Mechanism* (ESM), un ente finanziario di diritto internazionale destinato a sostituirsi ai fondi precedenti[23]. Anche rispetto a questi ulteriori sviluppi gli inter-

[18] Vedi la Decisione dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri della zona euro riuniti in sede di Consiglio Ecofin, adottata il 9 maggio 2010.

[19] Il Fondo EFSM è stato istituito con regolamento del Consiglio n. 407/2010 dell'11 maggio 2010, in GUUE 2010 L 118, p. 1.

[20] La società EFSF è stata costituita e registrata in Lussemburgo il 7 giugno 2010. Lo Statuto della società e il Framework Agreement concluso tra l'EFSF e gli Stati membri della zona euro sono disponibili nel sito http://www.efsf.europa.eu/about/legal-documents/index.htr.

[21] Vedi l'art. 10 del regolamento istitutivo dell'EFSM, la decisione Ecofin del 9 maggio 2010 e l'art. 11 del Framework Agreement relativo all'EFSF.

[22] Decisione del Consiglio Europeo del 25 marzo 2011, in GUUE 2011, L 91, p. 1.

[23] Il Trattato istitutivo dell'ESM, è stato sottoscritto dagli Stati euro il 2 febbraio 2012; entrerà in vigore, ai sensi del suo art. 48, con la ratifica di tanti Stati che rappresentino non meno del 90% del capitale sottoscritto. Il testo del Trattato è disponibile nel sito

rogativi giuridici non mancano. La necessità di una modifica dell'art. 136 si colloca nel filone argomentativo degli articoli 122 e 125 TFUE. Ma ci si può chiedere se la disciplina dell'Eurogruppo (centrata appunto sull'art. 136) non avrebbe consentito l'istituzione dell'ESM in forza dei poteri esistenti, senza previa revisione degli stessi. In ogni caso, riesce difficile comprendere il successivo ricorso ad un accordo internazionale piuttosto che ad un atto normativo dell'Unione. È pur vero che la modifica dell'art. 136 contiene un'autorizzazione testualmente limitata agli Stati membri, ma sembra ragionevole estenderla alle istituzioni dell'Unione. Diversamente avrebbe scarso senso: gli Stati della zona euro avrebbero potuto comunque istituire l'ESM con un patto tra di loro, al di fuori del diritto dell'Unione, senza bisogno di un particolare nullaosta da parte di quest'ultimo[24].

6. Le operazioni straordinarie della BCE

Il 14 maggio 2010 la BCE ha deliberato un programma di operazioni straordinarie (*Securities Market Programme*)[25]. In attuazione di questo programma, la BCE ha acquistato debito sovrano degli Stati euro più esposti sul mercato finanziario; ha effettuato altresì finanziamenti alle banche di importi crescenti e con scadenze via via più estese (fino a tre anni). A giustificazione di queste misure, la BCE ha invocato l'esigenza di rimuovere gli ostacoli ad una regolare trasmissione della sua politica monetaria, ostacoli causati dai differenziali dei tassi sui titoli del debito

http://european-council.europa.eu//eurozone-governance. Per una analisi del Trattato vedi C. OHLER, *op. loc. cit*; G. NAPOLITANO, *Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione,* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, p. 461 ss.

[24] Non si può dubitare della liceità di accordi extra-UE conclusi fra alcuni soltanto degli Stati membri, se non pregiudicano gli obiettivi dei Trattati istitutivi e i diritti degli altri Stati membri (Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 1969, art. 41). Alle stesse condizioni può dirsi rispettato anche l'obbligo di leale collaborazione che vincola tutti gli Stati membri (art. 4 n. 3 TUE). Esempi di accordi di questo tipo sono gli accordi di Schengen e di Prüm. Sulla relativa tematica vedi B. DE WITTE, *Old – fashioned Flexibility: International Agreement between Member States of the European Union*, in G. BURCA and J. SCOTT (eds), *Constitutional Change in the EU – From Uniformity to Flexibility?*, Oxford, 2000, p. 31 ss. Per le ragioni che possono rendere questi accordi preferibili allo strumento delle cooperazioni rafforzate, vedi G. GAJA, *How Flexible is Flexibility under the Amsterdam Treaty?*, in *Common Market Law Review* 1988, p. 869 s.

[25] Decisione della Banca Centrale Europea del 14 maggio 2010, GUUE 2010 L 124, p. 8.

pubblico e dall'inaridirsi del mercato inter-bancario a livello trasfrontaliero[26].

Queste misure sono state fortemente criticate. Si lamenta che la BCE, eccedendo i limiti del suo mandato, si sarebbe fatta carico di problemi di politica fiscale che non le competono; avrebbe esposto l'euro a rischi di inflazione, in contrasto con il suo compito primario di assicurare la stabilità dei prezzi; andrebbe incontro a sicure perdite per il deprezzamento dei titoli acquisiti o presi in garanzia, perdite che gli Stati membri dovranno poi ripianare; favorirebbe l'azzardo morale di governi e banche, forti del soccorso in ultima istanza della BCE. E tutto questo in aperta violazione della fondamentale regola del *no-bailout*, che si oppone a trasferimenti di passività dai singoli Stati membri all'Unione e (tramite quest'ultima) agli altri Stati membri[27].

Che dire? Il nesso con la politica monetaria – a cui si richiama la BCE – indubbiamente esiste, ma può apparire secondario rispetto alla finalità di aiuto degli acquisti di debito sovrano; una finalità che in principio non rientra fra i compiti della BCE. Come pure vi è da chiedersi se nell'erogazione di liquidità alle banche il requisito della garanzie adeguate sia sempre oggetto di rigorosa verifica[28]. Sotto questi profili le critiche agli interventi non convenzionali della BCE non appaiono in principio infondate. Tuttavia, esse trascurano che tali interventi si collocano nel quadro di una situazione di emergenza, in cui è lo stesso sistema euro ad essere in pericolo.

È vero che la difesa dell'euro e della stabilità monetaria dell'eurozona non figurano fra le competenze espressamente conferite alla BCE. Ma anche la temutissima Corte costituzionale tedesca ammette il ricorso ai criteri dell'effetto utile e dei poteri impliciti nell'interpretazione delle norme europee[29]. Ora è certo che la stabilità dei prezzi, missione principale della BCE, presuppone la stabilità monetaria; e che, più in generale, la *suprema salus* dell'euro costituisce l'indispensabile premessa della stessa esistenza della BCE. Non mi pare quindi che quest'ultima ecceda dal suo mandato se eccezionalmente si fa carico di una funzione suppletiva, che di regola non le compete. Di fatto, si deli-

[26] Vedi, in particolare, i considerando 2 e 3 della decisione citata nella nota precedente.

[27] È lo spettro delle "Transfer Union" che viene al riguardo evocato, per cui gli Stati "virtuosi" finirebbero per farsi carico delle passività degli Stati che non lo sono. Sul punto vedi i timori di M. RUFFERT, *op. cit*., p. 1791 ss., che si fa interprete di una posizione molto diffusa fra i commentatori di taluni Paesi.

[28] Ai sensi dell'art. 18 dello Statuto, la BCE è abilitata ad erogare prestiti ad istituti creditizi "sulla base di adeguate garanzie".

[29] Vedi la "*Lissabon Urteil"* del 30 giugno 2009, paragrafi 237 e 242.

nea una sorta di *modus vivendi* o tacito compromesso tra BCE e governi: la prima agisce talora come prestatore di ultima istanza, ma ribadisce la straordinarietà e non ripetitività di certe sue misure; i secondi professano ossequio all'indipendenza della BCE, astenendosi dall'interferire con le sue decisioni anche quando non le condividono[30].

7. La disciplina delle politiche economiche e di bilancio

La nuova regolamentazione delle politiche economiche e di bilancio – e così passiamo alla seconda tipologia delle misure anti-crisi – fa capo al *Six Pack* e al *Fiscal Compact.* Il primo è un pacchetto di sei provvedimenti, cinque regolamenti e una direttiva; si tratta, in sintesi, di un insieme di misure volte a modificare e integrare l'originario Patto di stabilità e crescita del 1997[31]. Due regolamenti del *Six Pack,* in quanto basati sull'art. 136 TFUE producono i loro effetti solo per il gruppo euro[32]; gli altri tre regolamenti e la direttiva si applicano invece a tutti gli Stati membri[33]. Quanto al *Fiscal Compact* è un accordo di diritto internazionale che si colloca, come tale, al di fuori del diritto dell'Unione. Il *Fiscal Compact* detta una disciplina di bilancio in gran parte confermativa di quella del *Six Pack*[34].

[30] Sulla delimitazione di poteri e funzioni della BCE vedi .G. L. Tosato*, BCE: cosa può fare e cosa no,* in *Lavoce.info* del 5.12.2011.

[31] Come è noto, il Patto di stabilità e crescita del 1997 si articola in due regolamenti del 7 luglio 1997 (rispettivamente n. 1466/97 e n. 1467/97) ed una risoluzione del Consiglio europeo del 17 giugno 1997. I due regolamenti sono stati poi modificati con i regolamenti n. 1055/2005 e 1056/2005 del 27 giugno 2005. Sul Patto di stabilità e crescita vedi G. L. TOSATO – R. BASSO, *op. cit*., p. 38 ss.

[32] Vedi i regolamenti n. 1173 e 1174/2011, in GUUE 2011 L 306, pp. 1 e 8.

[33] Vedi i regolamenti n. 1175, 1176 e 1177/2011 e la direttiva 2011/85, in GUUE L 306, pp. 12, 25, 33 e 41.

[34] Il Fiscal Compact (formalmente Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'unione economica e monetaria) è stato sottoscritto il 3 marzo 2012 da 25 Stati membri, tutti tranne il Regno Unito e la Repubblica ceca; entrerà in vigore con la ratifica di almeno 12 Stati della zona euro. Sul Fiscal Compact vedi: *Editorial Comments – Some Thoughts concerning the Draft Treaty on a Reinforced Economic Union*, in *Common Market Law Review*, 2012,. p. 1 ss.; R. PEREZ, il *Trattato di Bruxelles e il Fiscal Compact,* in *Giornale di diritto amministrativo,* 2012, p. 469 ss.; I. PERNICE, *International Agreement on a Reinforced Economic Union – Legal Opinion*, 9 gennaio 2012, disponibile nel sito http://www.greens-efa.eu/fileadmin/dam/ Documents/Backgroundnotes; S. DULLIEN, *Reinventing Europe: Explaining the Fiscal Compact,* European Council on Foreign Relations, maggio 2012, disponibile nel sito http://www.ecfr.eu/content/entry/commentary; L. AZOULAI, M. POIARES MADURO, B. DE WITTE, M. CREMONA, A. HYVARINEN, A. KOCHAROV, A. ABDALLAT, *Another Legal Monster? An EUI Debate on the Fiscal Compact Treaty,* EUI Working Papers, Law

Una prima novità del *Six Pack* rispetto al Patto di stabilità e crescita riguarda la sorveglianza sulla gestione delle politiche economiche nazionali. Le nuove regole rafforzano i controlli preventivi in materia; predispongono altresì, ma solo per gli Stati euro, una procedura diretta a verificare ed, eventualmente, sanzionare squilibri eccessivi di natura macroeconomica[35]. Una procedura del genere non è contemplata dalle norme di Lisbona che riproducono al riguardo quelle di Maastricht[36]. Ma la sua introduzione non solleva problemi di legittimità perché si basa sulla disciplina dell'Eurogruppo di cui al già citato art. 136 TFUE. E non par dubbio che il potere normativo ivi attribuito al Consiglio consenta di stabilire per gli Stati euro una regolamentazione più rigorosa di quella generalmente applicabile agli altri Stati membri.

Una seconda novità del *Six Pack* è costituita dal meccanismo del *reverse majority voting*; in forza di tale meccanismo una raccomandazione o proposta della Commissione si intende adottata se non è respinta dal Consiglio a maggioranza qualificata[37]. La posizione della Commissione ne risulta fortemente rafforzata. Formalmente, il rapporto con il Consiglio non cambia; è sempre la Commissione a proporre e il Consiglio a decidere. Ma, in realtà chi decide è la Commissione e il Consiglio può solo opporsi, sempre che si coaguli al suo interno una maggioranza qualificata in senso contrario; ipotesi non facile da realizzarsi[38]. Il meccanismo in discorso si discosta quindi nella sostanza dalle norme del Trattato in materia di sorveglianza sulle politiche economiche e di bilancio[39]. Tuttavia, applicandosi unicamente alle procedure sanzionatorie nei confronti degli Stati euro, vale anche qui l'argomento *ex* art. 136 TFUE di cui si è fatto cenno poco sopra.

2012/09; F. CHALTIEL, *Le traitè sur la stabilitè, la coordination et la gouvernance: du fèdèralisme monetaire au fèdèralisme budgetaire,*in *Revue de l'Union Europèenne*, 2012, 293 s.; P. CRAIG, *The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Policy and Pragmatism,* in *European Law Review,* "012, pp. 231-248.Si possono vedere altresì i rapporti presentati al workshop del "*Gruppo di riflessione CSF – IAI sul Fiscal Compact*", organizzato dal Centro Studi sul Federalismo e dall'Istituto Affari Internazionali a Torino il 4 maggio 2012; i rapporti, ora disponibili nel sito http://www.notre-europe.eu/uploads/tx-publication/Workshop, saranno raccolti in apposito volume.

[35] Regolamento n. 1174/2012, articoli 1-3 e considerando 6, 7, 8 e 11.

[36] Vedi art. 121 TFUE, che riproduce quasi alla lettera il precedente art. 99 (già art. 103) TCE.

[37] Regolamento n. 1173/2012, articoli 4 n. 2 e 5 n. 2; regolamento n. 1174/2012, art. 3 n. 3; regolamento 1175/2011, art. 9.

[38] Specie alla luce dell'art. 7 del Fiscal Compact, che rende più difficile il formarsi, in seno al Consiglio, di una maggioranza qualificata contraria alle raccomandazioni della Commissione.

[39] Vedi l'art. 121 TFUE, che riserva al Consiglio il potere di decisione.

Rispetto al Fiscal Compact, la tempistica merita di essere segnalata. Il via alla sua elaborazione è stato dato nel vertice del dicembre 2011, meno di un mese dall'entrata in vigore del *Six Pack.* Viene dunque da chiedersi se questo patto fosse effettivamente necessario. Stando alle norme materiali in esso contenute la risposta dovrebbe essere negativa[40]. Il Fiscal Compact ribadisce la regola del bilancio in pareggio o in attivo, già fissata fin dal Patto di stabilità e crescita del 1997. Per il resto conferma la disciplina del Patto di stabilità e crescita come integrata e modificata dal *Six Pack*. L'unica vera novità è costituita dall'obbligo per gli Stati contraenti di inserire la "regola aurea" del pareggio di bilancio nel proprio diritto interno a livello costituzionale ("preferibilmente") o quasi costituzionale. Ma è dubbio, a stretti termini giuridici, che ce ne fosse bisogno.

L'obbligo del pareggio di bilancio era già operante nelle norme dell'Unione; e queste, in base a consolidati principi, hanno valore preminente su quelle interne. Gli Stati membri avrebbero quindi dovuto conformarsi a quell'obbligo, senza che fosse necessario replicarlo in un patto apposito. In verità si è voluto perseguire un "irrigidimento" (costituzionalizzazione) della disciplina di bilancio; e non potendolo fare tramite una revisione del Trattato, causa l'opposizione di due Stati membri, si è fatto ricorso ad un accordo internazionale extra – UE. Con l'inserimento nel *Fiscal Compact,* la "regola aurea" può essere modificata solo con il consenso di tutti gli Stati contraenti; in altre parole, a ciascuno di essi è attribuito un diritto di veto. Ed è questo il messaggio politico che si è inteso inviare agli elettori di taluni Paesi (Germania, *in primis*), nel momento in cui si sta chiedendo il loro contributo per aiutare altri Stati euro in crisi[41].

Il Fiscal Compact contiene una pluralità di riferimenti a funzioni e compiti delle istituzioni dell'Unione, la cui portata giuridica va tuttavia chiarita. Il Fiscal Compact si colloca al di fuori del diritto dell'Unione. Non può dunque avvalersi delle istituzioni di un sistema ad esso estraneo; né tali istituzioni sono abilitate ad operare al di fuori del sistema a cui appartengono, a meno di esserne debitamente autorizzate. Una previsione del genere si trova nell'art. 273 TFUE in forza del quale la Corte di giustizia è competente a conoscere di qualsiasi controversia fra Stati

[40] Vedi A. VITORINO, *Le «TSCG»: beaucoup de bruit pour rien?,* in *Notre Europe, Tribune* del 23 febbraio 2012.

[41] Sulle ragioni del Fiscal Compact cfr. G. L. TOSATO, *I vincoli europei sulle politiche di bilancio,* relazione tenuta al Convegno ARSAE/LUISS su "Costituzione e «pareggio» di bilancio", svoltosi a Roma il 18 maggio 2012; i lavori del Convegno sono in corso di pubblicazione.

membri "in connessione con l'oggetto dei Trattati". Su queste basi, e malgrado qualche dubbio interpretativo[42], l'attribuzione di competenza alla Corte *ex* art. 8 del Fiscal Compact (per la verifica circa la corretta trasposizione della "regola aurea" nel diritto interno) può quindi considerarsi legittima. Ma non esistono altre disposizioni nei Trattati analoghe al citato art. 273, per cui l'utilizzo delle istituzioni europee dovrebbe essere precluso al di là di questo caso.

Il problema è peraltro più formale che sostanziale. Come detto in precedenza, il Fiscal Compact ha carattere "confermativo" piuttosto che "innovativo" della disciplina di bilancio già in essere. E non hanno carattere innovativo neanche le funzioni delle istituzioni europee alle quali il nuovo patto si richiama. Ne consegue che le istituzioni europee possono legittimamente svolgere queste funzioni, con la sola avvertenza che lo fanno sulla base delle norme dell'Unione, non di quelle del Fiscal Compact. In altre parole, la Commissione e il Parlamento europeo non possono operare all'interno di un sistema normativo ad esse estraneo, quale quello del nuovo patto. Ma è come se fossero abilitate a farlo; è sufficiente che esse continuino ad esercitare le attribuzioni loro conferite dal diritto UE[43].

8. Le nuove misure in gestazione

Le misure fin qui adottate non si sono rivelate sufficienti a superare la crisi. Questa tende anzi pericolosamente ad aggravarsi (Grecia) e ad estendersi al altri Paesi (Spagna, Italia).

È emerso che il rigore di bilancio, senza la crescita, provoca depressione economica e peggioramento dei conti pubblici; i quali richiedono ulteriori misure di austerità: e così via in un continuo rincorrersi tra rigore e disavanzi pubblici[44]. Un analogo circolo vizioso si delinea tra debiti

[42] In questo senso P. CRAIG, *Reinforcing the Eurozone*, una nota del 16.2.2012 presentata alla House of Commons; è disponibile nel sito http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201012/cmselect/cmenleg/writer/eurozone/eu 05.htm

[43] Vedi G. L. TOSATO, *Le implicazioni della crisi sulle istituzioni dell'Unione,* rapporto presentato al workshop del "Gruppo di riflessione CSF-IAI sul Fiscal Compact" il testo riveduto del rapporto è in corso di pubblicazione nel volume che raccoglie gli atti del workshop (una versione incompleta è disponibile nel sito di Notre Europe citato nella precedente nota 33).

[44] Vedi, per tutti, P. KRUGMAN, *Europe's economic suicide,* sul *New York Times* del 15 aprile 2012; G. SCHÖDER, *Austerity is Strangling Europe,* sul *New York Times* del 3 maggio 2012.

delle banche e debiti sovrani. I primi finiscono per traslarsi sui secondi, per effetto dei salvataggi delle banche con denaro pubblico; e il conseguente aggravio dei conti statali si riflette poi su quelli delle banche. Avviene infatti che il deprezzamento dei titoli del debito pubblico detenuti dalle banche ne erode progressivamente gli attivi; nel contempo, il rischio Paese blocca il flusso del credito transfrontaliero o lo rende accessibile solo a condizioni proibitive[45].

Un'ulteriore perversa concatenazione si manifesta tra rischio Paese e rischi sistemici relativi all'euro. La sfiducia nei confronti di un singolo Paese si ripercuote sul sistema euro nel suo complesso; a loro volta, i dubbi sulla tenuta del sistema euro aggravano la sfiducia nei confronti dei Paesi più fragili. Ne consegue un insostenibile accentuarsi dei differenziali dei tassi di interessi all'interno della zona euro, a scapito di Paesi pur rispettosi della disciplina di bilancio[46].

In questo quadro ben si comprendono le nuove misure anti-crisi ora in gestazione. Esse riguardano essenzialmente la crescita, l'unione bancaria, la stabilità dei debiti sovrani. Su questi temi si è aperto in Europa (e non solo) un ampio dibattito, sfociato nelle delibere del Consiglio europeo e dell'Eurogruppo di giugno e luglio 2012[47]. Si tratta di delibere non ancora operative; per esserlo, richiedono misure di attuazione articolate, che coinvolgono un delicato riassetto di responsabilità e poteri all'interno dell'unione economica e monetaria. Ci limiteremo nel seguito a segnalare taluni dei problemi giuridici connessi alle nuove misure in gestazione.

[45] Sul circolo vizioso tra rischio sovrano e rischio bancario vedi F. SACCOMANNI, Intervento al XXII Congresso delle Fondazioni bancarie e Casse di Risparmio, Palermo 7 giugno 2012, p. 10 s.; A. BAGLIONI, *Debito sovrano e sistema bancario,* in *Lavoce.info* del 9.7.2012.

[46] L'incidenza dei rischi sistemici dell'euro sui tassi di interesse del debito pubblico italiano è sottolineata dal Governatore della Banca d'Italia Visco nell'intervista apparsa sul *Corriere della Sera* dell'8 luglio 2012.

[47] Vedi le Conclusioni del Consiglio europeo del 28/29 giugno 2012, l'Euro Area Summit Statement del 29 giugno 2012 e l'Eurogroup Statement on the following-up of the 29 June Euro Summit del 9 luglio 2012. Vedi inoltre il rapporto *Towards a Genuine Economic and Monetary Union,* del 26 giugno 2012, predisposto dal Presidente del Consiglio europeo H. Van Rompuy, insieme ai presidenti della Commissione, dell'Eurogruppo e della Banca Centrale Europea.

9. Le misure per la crescita

Il tradizionale modo di favorire la crescita economica risiede nel ricorso a programmi pubblici di investimento. Ma come finanziare questi programmi in tempi di rigore di bilancio? È questo il difficile problema che si pone ora in Europa.

Un modo per superarlo per la verità ci sarebbe; consiste nell'escludere la partita degli investimenti dal computo dei debiti pubblici. In effetti questa idea affiora periodicamente nel dibattito europeo; ed è stata riproposta anche di recente per liberare risorse ai fini della crescita[48]. Ma anche questa volta è stata respinta nell'assunto che è difficile segnare un netto confine tra spese correnti e spese di investimento; e, pertanto, c'è il rischio di far passare fra le seconde quelle che in realtà rientrano fra le prime. Questo rischio potrebbe essere attenuato se l'esenzione fosse limitata ad investimenti nazionali approvati o comunque in linea con le politiche dell'Unione. Ed è in questi termini che gli investimenti assumono un qualche rilievo in materia di bilancio. Fermo restando che essi concorrono alla determinazione del passivo dei conti pubblici, la Commissione deve tuttavia tenerne conto prima di avviare una procedura per disavanzi eccessivi nei confronti di un determinato Paese[49].

Resta la via degli investimenti finanziati a livello europeo. Ma anche qui si fa sentire il problema delle risorse. La strada maestra sarebbe di aumentare le entrate dell'Unione. Senonché l'*iter* per arrivarci risulta tutt'altro che agevole; praticamente non si discosta dalla procedura di revisione dei Trattati in forma semplificata[50]. Ci vuole una decisione all'unanimità del Consiglio, su proposta della Commissione e sentito il Parlamento europeo; e deve intervenire poi l'approvazione di tutti gli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali[51]. Un'approvazione non facile da ottenere se – come di regola – l'aumento delle entrate europee finisce per gravare sui bilanci nazionali.

[48] Lo ha fatto – a quanto sembra – il nostro Presidente del Consiglio Monti al vertice europeo del 23 maggio 2012; al riguardo vedi i commenti su *Il Sole 24 Ore* del 9.5.2012 (*"Sulla Golden rule il nodo dei costi produttivi"*) e sul *Corriere della Sera – Economia* del 14.5.2012 (*La moral suasion di Monti sulla* golden rule – *Così il Premier punta sulla banda larga*").

[49] Rientrano fra i fattori significativi cui si riferiscono l'art. 126 n. 3 del TFUE e l'art. 1 del regolamento 1467/97, così come modificato dall'art. 1 del regolamento 1177/2011.

[50] Art. 48 n. 6 TUE.

[51] Art. 311 TFUE.

Si dovrebbe allora pensare ad una risorsa propria dell'Unione, sganciata dai contributi degli Stati membri. In effetti, si discute a livello europeo circa l'istituzione di una nuova tassa sulle transazioni finanziarie (c.d. Tobin Tax), come pure di una tassa relativa alle emissioni di CO^2. La Commissione ha circolato nel corso del 2011 delle proposte al riguardo[52]. Ma – si noti bene – si tratta di proposte di direttive ai sensi dell'art. 113 TFUE, volte quindi all'introduzione di questi tributi nelle legislazioni nazionali[53]. Occorrerebbe poi un meccanismo per convogliare nel bilancio dell'Unione risorse all'origine nazionali; oppure si deve percorrere una via diversa da quella dell'art. 113 TFUE e puntare senz'altro all'istituzione di prelievi propriamente europei. In tal caso, tuttavia, si ripropone l'esigenza della procedura ex art. 311 TFUE, con tutte le difficoltà sopra riferite.

Un modo più diretto per reperire risorse a livello europeo si ricollega alla Banca Europea degli Investimenti (BEI) e ai fondi strutturali dell'Unione[54]. La BEI è istituzionalmente incaricata di promuovere investimenti; si potrebbe dunque rafforzarne le disponibilità tramite un aumento di capitale, vuoi di quello sottoscritto dagli Stati membri vuoi unicamente di quello versato. In entrambi i casi ci vuole una delibera del Consiglio dei governatori (organo intergovernativo, composto dai rappresentanti degli Stati membri); ma nel primo caso la delibera deve essere adottata all'unanimità, nel secondo a semplice maggioranza[55]. I fondi aggiuntivi possono essere destinati dalla BEI anche a sostegno dei c.d. *project bonds*: che sono titoli obbligazionari emessi da società private (non dalla BEI o dall'Unione) in vista della realizzazione di opere infrastrutturali[56]. Il concorso della BEI (tramite finanziamenti o garanzie) rafforza evidentemente l'appetibilità sul mercato dei titoli in discorso.

L'altra possibilità è offerta dai fondi strutturali del bilancio dell'Unione. Per accrescerli, bisogna tuttavia attendere il nuovo Quadro fi-

[52] Vedi Proposta di direttiva del Consiglio concernente un sistema comune di imposta sulle transazioni finanziarie e recante modifica della direttiva 2008/7/CE, COM (2011) 594 del 28 novembre 2011; Proposta di direttiva del Consiglio recante modifica della direttiva 2003/96/CE sulla tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità, COM (2011) 169 def. del 13 aprile 2011.

[53] L'art. 113 TFUE prevede, infatti, l'armonizzazione delle legislazioni nazionali relative alle imposte indirette, non l'istituzione di autonomi tributi europei.

[54] Per il ricorso a questi due canali di finanziamento, al fine di promuovere l'occupazione, vedi D. GROS, *Europe's Recurrent Employment Problems,* CEPS Policy Brief No. 271, Maggio 2012.

[55] Vedi lo Statuto BEI, articoli 4 n. 3, 5 n. 3 e 8.

[56] Per un esempio del modo di funzionamento dei project bonds vedi Commissione Europea, *An illustrative project example*, disponibile nel sito http://ec.europa.eu/economy-finance/financial_operations/investment/europe-2020.

nanziario pluriennale per gli anni 2014-2018: le discussioni al riguardo sono in corso[57]. Per il momento è dato solo di contare sulle risorse esistenti, che possono peraltro essere meglio indirizzate agli investimenti per la crescita. E potrebbero essere più attentamente sfruttate le sinergie tra fondi strutturali, fondi BEI e fondi complementari dei singoli Stati.

10. Verso l'unione bancaria

La progettata unione bancaria si fonda su tre elementi costitutivi: una vigilanza accentrata, un sistema europeo di garanzia dei depositi, procedure comuni di risoluzione delle crisi[58]. Qui ci si limita a parlare del primo elemento perché più direttamente connesso con l'esigenza di spezzare il circolo vizioso tra debiti delle banche e debiti dello Stato di cui si è detto in precedenza.

La questione di fondo coinvolge la tematica dei rapporti fra responsabilità e poteri di controllo. In materia bancaria, i due aspetti sono organizzati attualmente su base nazionale. È ciascuno Stato ad esercitare la vigilanza sul proprio sistema bancario, come pure a farsi carico di situazioni di crisi. Di qui la commistione tra banche e Stati con gli effetti negativi che ne conseguono. Il rimedio consiste evidentemente nello spostare ad un tempo responsabilità e controlli a livello europeo. I due aspetti vanno necessariamente insieme. Non sarebbero giustificati aiuti alle banche in assenza di un corrispondente potere di controllo, né vi sarebbe il consenso politico per farlo[59].

Si badi bene che l'erogazione di aiuti europei per assistere banche in crisi non costituisce di per sé una novità. I due fondi EFSF e ESM sono già abilitati a porre in essere operazioni di questo tipo. Ma il tutto avviene tramite gli Stati: sono gli Stati a ricevere i finanziamenti destinati alle banche, ad assumere gli impegni nei confronti delle autorità europee e ad essere assoggettati ai relativi controlli[60]. Ed è appunto questa situazione

[57] Se ne è parlato, sia pure non diffusamente, al Consiglio europeo del 28/29 luglio scorso, come risulta dalle relative Conclusioni.

[58] Sulla progettata unione bancaria vedi J. PISANI – FERRY, A. SAPIR, N. VERON, G.B. WOLFF, *What Kind of European Banking Union?* Bruegel, 25 giugno 2012, disponibile nel sito http://www.bruegel.org/publications/publication-detail; J. CARMASSI, C. DI NOIA, S. MICOSSI, *Banking Union in the Eurozone and the European Union,* CEPS Commentary, 12 giugno 2012, disponibile nel sito www.ceps.eu.

[59] Vedi T. BOERI, *A no-further-bailouts principle,* in *Vox,* 20 luglio 2012, disponibile nel sito http://www.voxeu.org.

[60] Vedi art. 2.1 lett. (c) del *Framework Agreement* relativo all'EFSF e art. 15 del Trattato ESM.

che si intende cambiare all'interno della costituenda unione bancaria. L'obiettivo è di istituire rapporti diretti con le banche beneficiarie degli aiuti, senza passare attraverso gli Stati, e rompere in tal modo il circolo vizioso tra debiti bancari e debiti statali. Ma questo presuppone, come già detto, di trasferire ad una autorità di vigilanza europea poteri ora di competenza nazionale[61].

Si pone dunque il problema di individuare lo strumento giuridico che consenta di conseguire tale risultato. La soluzione più ovvia è fornita dall'art. 127 n. 6 TFUE, che autorizza il conferimento alla BCE di compiti di vigilanza su banche e altre istituzioni finanziarie. Per la verità questa norma parla di "compiti specifici", non di un'attribuzione di carattere generale e senza limiti. Non mi pare tuttavia che si tratti di un ostacolo insuperabile. Si può pensare ad un sistema europeo di supervisori, che comprenda la BCE e le autorità nazionali (in analogia al Sistema europeo di banche centrali) e nel quale responsabilità e poteri spettino in ultima istanza alla BCE[62]. In alternativa, i compiti di vigilanza potrebbero essere suddivisi a seconda della natura e dimensione delle banche, riservando alla BCE poteri di controllo sulle banche di rilievo "trasfrontaliero" e mantenendo in capo alle autorità nazionali la supervisione di quelle con operatività essenzialmente domestica[63].

Maggiori difficoltà possono derivare dal requisito procedurale dell'art. 127 n. 6, che richiede una delibera unanime del Consiglio e dunque il consenso di tutti i 27 Stati membri. L'eventualità di qualche defezione è tutt'altro che da escludere. In tal caso, soccorre la base giuridica dell'art. 136 TFUE, se la decisione riguarda solo gli Stati euro, ovvero lo strumento della cooperazione rafforzata, se la decisione coinvolge anche Stati non euro. Da ultimo, c'è sempre la possibilità di ricorrere ad un accordo internazionale extra-UE, come si è fatto per il *Fiscal Compact*. Ma sarebbe meglio evitare questa via ove fosse praticabile una procedura in base ai Trattati; sono note, infatti, le difficoltà derivanti da un sistema di regole parallelo ed esterno rispetto a quello dell'Unione.

Dubito che una base giuridica ulteriore possa rinvenirsi nell'art. 114 TFUE. È pur vero che la Corte di giustizia, andando al di là della lettera

[61] Vedi lo Euro Area Summit Statement del 29 giugno 2012 ("*When an effective single supervisory mechanism is established … the ESM could … have the possibility to recapitalize banks directly*". La medesima condizione è ribadita nel successivo Eurogroup Statement del 9 luglio 2012.

[62] In questo senso, a quanto sembra, è l'indicazione contenuta nel rapporto *Towards a Genuine Economic and Monetary Union*, cit., p. 4 ("*The current architecture should evolve as soon as possible towards a single European banking supervision system with a European and a national level. The European level would have ultimate responsibility*").

[63] Per questa soluzione vedi J. PISANI – FERRY *et alii,* cit., p. 9 s.

di questa norma, ne ha ammesso un'interpretazione estensiva. In particolare, ha ritenuto che l'art. 114 TFUE consenta l'adozione non solo di direttive di armonizzazione, ma anche di regolamenti volti a creare organismi europei che facilitino l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione[64]. Ed è su queste basi che è stata istituita la European Banking Authority (EBA)[65]. Ma l'EBA è chiamata solo ad assistere e indirizzare le autorità nazionali non a sostituirsi ad esse nell'esercizio della vigilanza bancaria[66]. Per contro, è proprio questo il risultato che si vuole ora conseguire. D'altra parte, l'utilizzo dell'art. 114 TFUE urta contro ragioni di coerenza sistematica. In presenza dell'art. 127 n. 6 TFUE, che si riferisce espressamente alla BCE e prescrive una decisione unanime del Consiglio, sarebbe contradditorio che la vigilanza bancaria potesse essere attribuita ad un'autorità europea diversa dalla BCE e con una procedura che non richiede l'unanimità del Consiglio. E questo sarebbe viceversa il caso se ci si avvalesse dell'art. 114 TFUE[67].

11. Le misure di stabilizzazione dei debiti sovrani

Le misure in questione, designate nel linguaggio corrente come "scudo anti-spread", dovrebbero contrastare il formarsi di abnormi differenziali di interesse tra debiti sovrani dell'eurozona. In particolare, dovrebbero servire a mitigare l'impatto pregiudizievole delle carenze strutturali del sistema euro sui titoli del debito pubblico dei Paesi più deboli. Si è detto in precedenza della perversa interazione tra rischi Paese e rischi sistemici; per opporvisi, occorre evidentemente agire sulle due componenti. Il rischio Paese rientra nella responsabilità dei singoli Stati, che devono conformarsi alla disciplina europea di bilancio e ai relativi programmi di consolidamento dei conti pubblici. I rischi sistemici evocano per contro una responsabilità collettiva e, dunque, richiedono adeguati interventi a livello europeo. È chiaro che le misure adottate ai due livelli, quello statale e quello europeo, si integrano a vicenda, nel senso che le une presuppongono logicamente le altre.

[64] Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 2 maggio 2006, in causa C-217/04, Regno Unito c. Parlamento Europeo e Consiglio.

[65] Vedi il considerando 17 nel regolamento n. 1093/2010 del 24 novembre 2010, in GUUE 2010 L 331, p. 14.

[66] Sul punto cfr. E. FERRAN, *Can soft-law bodies be effective? The special case of the European Systemic Risk Board,* in *European Law Review,* 2010, p. 9 ss.

[67] La possibilità di accentrare la vigilanza bancaria in capo all'EBA, tramite una modifica del regolamento n. 1093/2010 è prospettata da J. CARMASSI *et alii*, cit., p. 3 testo e nota 3.

I commentatori si sono fin qui concentrati sulle misure del primo tipo, sugli obblighi che gli Stati devono rispettare per conformarsi alle regole del *Six Pack* e del *Fiscal Compact*. Ma ormai anche le misure del secondo tipo sono all'ordine del giorno; e questo sotto la spinta di Stati come l'Italia che, pur essendo in regola con gli obblighi di bilancio, si trovano gravemente esposti ai rischi esterni di contagio. Per la verità, interventi a livello europeo per contrastare questi rischi non sono mancati. Li ha posti in essere la BCE, con gli acquisti di titoli del debito pubblico sul mercato secondario. Tuttavia, come già ricordato, la BCE ha tenuto sempre a precisare che si tratta di misure eccezionali, decise per esigenze di politica monetaria e non di politica fiscale, essendo quest'ultima non di sua competenza. Misure di assistenza finanziaria diretta agli Stati membri spettano istituzionalmente ai fondi EFSF/ESM e dovrebbero essere invece precluse alla BCE in forza dell'art. 123 TFUE[68].

Il problema è che i fondi EFSF/ESM non sono specificamente attrezzati per misure di stabilizzazione del debito sovrano sui mercati finanziari. Lo scopo da essi perseguito è quello tipico del Fondo Monetario Internazionale (FMI): venire in aiuto a Stati in crisi di liquidità e a rischio di insolvenza. Anche la procedura ricalca quella del FMI: richiesta dello Stato interessato, istruttoria di carattere tecnico, memorandum di impegni, erogazioni condizionate, monitoraggio continuo degli impegni assunti[69]. Non a caso il FMI è associato alle operazioni dell'EFSF/ESM[70].

Senonché le misure anti-spread richiedono procedure diverse. Hanno poco senso "condizionalità" e successivi monitoraggi, perché si assume che gli Stati beneficiari siano rispettosi della disciplina di bilancio e dei programmi di riforme strutturali. Per contro vi è bisogno di interventi flessibili, attuati in modo rapido ed efficiente; inoltre, il sistema EFSF/ESM deve essere dotato di mezzi di dissuasione adeguati. Fino a che questo non si verifichi, è dubbio che i fondi salva – Stati siano in grado di fronteggiare attacchi speculativi ai debiti sovrani; è unicamente la BCE che ha procedure e mezzi per approntare difese adeguate. La circostanza che la BCE operi sui mercati finanziari quale agente dell'EFSF/ESM[71] va sicuramente nella giusta direzione; tuttavia, di per

[68] Che peraltro non fa esplicito divieto alla BCE di acquistare titoli di debito pubblico nei mercati secondari.

[69] Vedi il *Framework Agreement* relativo all'EFSF, art. 2.1 lett. (a) e il Trattato ESM, art. 13.

[70] In effetti il FMI ha contribuito con una quota agli interventi in favore di Grecia, Irlanda e Portogallo.

[71] Vedi, al riguardo, lo *Eurogroup Statement* del 9 luglio 2012.

sé sola non basta, se non si introducono nell'EFSF/ESM i correttivi sopra delineati.

12. Considerazioni finali circa l'impatto della crisi sull'integrazione europea

Le implicazioni delle misure in precedenza descritte sul processo di integrazione europea sono molteplici. Ci si limita qui ad esporre, in forma schematica, alcune considerazioni di carattere generale (formulate in un momento in cui gli esiti della crisi appaiono ancora incerti).

(a) L'Europa procede verso un'unione sempre più stretta, secondo il metodo funzionalista delle tappe successive. Come dall'unione doganale si è passati al mercato unico, e dal mercato unico all'unione monetaria, ora dall'unione monetaria si va verso il completamento di quella economica, attraverso l'unione fiscale, l'unione bancaria e il patto per la crescita. In qualche modo, si stanno colmando le lacune strutturali dell'unione economica e monetaria disegnata a Maastricht. Il metodo funzionalista presenta il vantaggio dell'accrescimento graduale, basato su esigenze concrete, che spingono verso una condivisione sempre più avanzata delle sovranità nazionali. Per contro, c'è il rischio che ogni nuova fase del processo arrivi in ritardo, quando i guasti di quella precedente si sono inesorabilmente prodotti. Il problema si ripropone nelle circostanze presenti. Ci si interroga se le misure già prese e quelle in corso siano sufficienti a far fronte alla crisi dell'euro; o non sia piuttosto necessario muovere decisamente verso l'unione politica, anche per salvare quella economica.

(b) Al metodo funzionalista si affianca quello dell'integrazione differenziata o, come anche si dice, dell'Europa a più velocità. Per il vero, non si tratta di un fenomeno nuovo; la stessa unione monetaria costituisce un esempio di integrazione differenziata. Il fenomeno tende ora ad accentuarsi: c'è l'Europa a 27 del mercato unico, quella a 17 dell'euro, quella a 25 del Fiscal Compact, quella a 23 del Patto Europlus e di nuovo quella a 17 dell'ESM; anche l'unione bancaria non sembra destinata a ricomprendere tutti gli Stati membri. In buona sostanza si vanno consolidando due sistemi normativi che fanno capo l'uno all'Europa (a 27) del mercato unico e l'altro all'Europa (a 17 più qualche altro Stato membro) dell'unione economica e monetaria. Nasce quindi un problema di coesistenza fra i due sistemi sotto il profilo sia delle norme materiali sia delle

strutture istituzionali. C'è da chiedersi fino a che punto gli sviluppi regolatori dell'unione economica e monetaria si riveleranno compatibili con le norme del mercato unico e della concorrenza. Le assicurazioni nel senso che i primi saranno del tutto rispettosi delle seconde non mancano nei testi rilevanti, ma già questo è indicativo della delicatezza del problema. Ed è facile scorgere potenziali conflitti specie tra le politiche della costituenda unione bancaria e il funzionamento del mercato unico dei servizi finanziari. Non meno delicato appare il problema istituzionale. La struttura di base è quella dell'Europa a 27. Per le istituzioni intergovernative (Consiglio europeo e Consiglio) una loro riproduzione nel sistema euro risulta abbastanza agevole: basta sottrarre agli organi dell'Unione i rappresentanti governativi degli Stati membri che non fanno parte dell'Eurogruppo. Più difficile appare la questione con riguardo alle istituzioni sovranazionali (Parlamento europeo, Commissione, Corte di giustizia), che sono uniche e non scomponibili (salvo, forse, il Parlamento europeo). C'è dunque da chiedersi se e a quali condizioni esse possano essere utilizzate per l'esercizio di funzioni diverse da quelle loro assegnate nel diritto dell'Unione.

(c) Il Consiglio Europeo e l'omologo Vertice dell'Eurogruppo hanno svolto una funzione centrale nella gestione della crisi dell'euro. Non sembra tuttavia che se ne debba dedurre una sostanziale modifica dell'assetto istituzionale dell'Unione in chiave intergovernativa. Non stupisce che il Consiglio Europeo assuma un ruolo preminente in passaggi dell'integrazione europea che comportano limitazioni della sovranità statale e oneri finanziari per il pubblico erario. Ed è questo il caso, come si è visto, delle varie misure adottate per contrastare la crisi dell'euro. Misure di questo tipo coinvolgono direttamente governi e parlamenti nazionali, delle cui istanze il Consiglio europeo è necessariamente portatore. Già il sistema di Maastricht, puntualmente recepito a Lisbona, attribuiva al Consiglio europeo e al Consiglio la responsabilità principale in materia di politica economica e finanziaria. Gli attuali sviluppi possono considerarsi dunque nel segno della continuità. D'altra parte, non risulta indebolita la posizione degli organi sovranazionali. Il ruolo della Commissione si è piuttosto rafforzato; per effetto del già citato meccanismo del *reverse majority voting,* le proposte della Commissione in materia di deficit eccessivi e squilibri macroeconomici assurgono al livello di quasi-decisioni. Inoltre, dalle valutazioni della Commissione (insieme alla BCE e al FMI) dipende l'erogazione degli aiuti dei fondi salva-Stati. Rilievi analoghi valgono per la Corte di giustizia che, in forza dell'art. 273 TFUE, si è vista estendere la propria competenza a

questioni relative al Fiscal Compact e all'EFSF/ESM. Più problematico è il discorso riguardo al Parlamento Europeo, escluso dalla gestione della disciplina di bilancio e dei fondi di salvataggio. Ma si tratta di funzioni di natura essenzialmente amministrativa, che evocano competenze di organi esecutivi più che legislativi. Né va trascurato che nel Parlamento europeo siedono rappresentanti di tutti gli Stati membri; di qui una certa riluttanza ad attribuire un ruolo decisionale al Parlamento europeo rispetto ad iniziative alle quali taluni Paesi hanno deciso di non partecipare.

(d) La crisi dell'euro sta operando una modifica strutturale dell'unione economica e monetaria. Era caratterizzata da un'asimmetria tra governo della moneta e governo dell'economia: il primo accentrato a livello europeo, il secondo decentrato a livello nazionale, con deboli strumenti di coordinamento e controllo da parte dell'Unione. Attraverso l'unione fiscale e l'unione bancaria si sta ora delineando un governo europeo dell'economia che si affianca a quello della moneta. L'unione fiscale comporta la costituzionalizzazione della disciplina di bilancio (in particolare, della regola del pareggio di bilancio) nel diritto interno degli Stati; comporta altresì l'attribuzione alle istituzioni europee di stringenti poteri di controllo onde prevenire e correggere disavanzi eccessivi e squilibri macroeconomici. Con l'unione bancaria si va verso un accentramento a livello europeo della vigilanza sugli enti creditizi. Nell'uno e nell'altro caso si delinea un significativo spostamento di poteri dagli Stati membri all'Unione.

Un fenomeno in qualche modo parallelo e conseguente si verifica in tema di responsabilità. Nel sistema originario, ciascuno Stato era il solo responsabile dell'andamento dei propri conti. C'era anzi una norma tendente ad escludere qualsiasi soccorso da parte dell'Unione o di altri Stati membri (l'art. 125 TFUE). Ora, allo spostamento di poteri corrisponde anche una condivisione di responsabilità. Lo testimoniano gli interventi straordinari della BCE e quelli, più strutturali, dei fondi salva-Stati. Siamo peraltro ad un avvio, ancora limitato e faticoso, di una sostanziale evoluzione della costituzione economica europea. Questa evoluzione si riconduce a due fondamentali principi del diritto dell'Unione, il principio di leale collaborazione e quello di solidarietà. Dal primo discendono obblighi degli Stati membri verso la collettività, ma anche di quest'ultima verso gli Stati membri. Il principio di solidarietà ne costituisce una logica conseguenza; implica che l'Unione venga in aiuto di Stati membri "virtuosi" (e cioè in regola con la disciplina di bilancio), ma nondimeno pregiudicati da fattori sistemici esterni.

(e) La crisi dell'euro pone il tema della legittimazione democratica al centro del dibattito politico-istituzionale nell'Europa. Non si tratta di una novità; il tema è in qualche modo ricorrente, ma ora si pone in termini particolarmente critici. Le azioni o omissioni a livello europeo incidono sulle condizioni di vita dei cittadini dell'Unione come mai in precedenza. E ciò genera un diffuso senso di ostilità verso l'Europa. Le si rimprovera di imporre un regime di austerità, foriero di recessione economica, aggravi fiscali, disoccupazione, crisi di banche e imprese; si lamenta altresì che le decisioni a livello europeo siamo prese in sedi prive di legittimazione e controlli democratici, spesso da un direttorio ristretto di Stati dominanti (la contrapposizione è fra gli Stati "virtuosi" del centro-nord e quelli "cicala" del sud dell'Europa). Se per questi motivi la situazione si presenta assai delicata (e le vicende elettorali e politiche in vari Paesi lo confermano), è anche vero che l'Europa si colloca ormai al centro del dibattito; si sta così formando uno spazio politico europeo, necessaria premessa per lo sviluppo in senso democratico del processo di integrazione. Per superare i sentimenti di ostilità o (quanto meno) di scetticismo nell'opinione pubblica, occorre peraltro che emerga più nettamente che l'Europa significa non solo austerità ma anche crescita, non solo cessione ma anche condivisione di poteri sovrani. Ed è chiaro che la sovranità dei singoli Stati membri (anche dei più forti) è già sostanzialmente compromessa in un mondo globalizzato; l'unico modo per recuperarla è di esercitarla in modo condiviso e solidale a livello europeo.

L'UNIONE EUROPEA E LE ORGANIZZAZIONI FINANZIARIE INTERNAZIONALI

Maria Chiara MALAGUTI·

SOMMARIO: 1. Considerazioni alla luce dell'ordinamento dell'Unione europea. – 1.1. Da Maastricht a Lisbona: incapacità di raggiungere una soluzione sistematica in tema di rappresentanza esterna. – 1.2. Inquadramento della problematica alla luce dell'*acquis communautaire*. – 1.3. Articolo 138 TFUE. – 2. La prassi internazionale nell'ultimo decennio. – 2.1. Istituzioni Finanziarie Internazionali. – 2.2. Vertici ed altri consessi "informali". – 3. Nuove dinamiche nella cooperazione internazionale. – 3.1. Proposte di riforma della *governance* del FMI. – 3.2. Meccanismo Europeo di Stabilità e «nuovo Patto di Stabilità» tra i paesi EMU. – 3.3. Comitato Europeo per il Rischio Sistemico e *Financial Stability Board*. – 4. Brevi considerazioni di sintesi.

1. Considerazioni alla luce dell'ordinamento dell'Unione europea

Lo studio dei rapporti tra Unione europea (UE o Unione) e organizzazioni finanziarie internazionali – tema oggi di grande attualità alla luce del rinnovato dibattito sulla *governance* economica internazionale, ma anche di quello sulla stessa *governance* economica europea, in particolare nella gestione delle crisi sovrane – non può che avere come punto di partenza la tematica della rappresentanza esterna dell'Unione nelle materie dell'Unione Economica e Monetaria (EMU, dal più usuale acronimo inglese).

Dall'adozione del Trattato di Maastricht ad oggi, lo stesso dato normativo in relazione alla rappresentanza esterna della Comunità/Unione nelle materie di rilevanza per l'EMU ha subito delle modifiche: per quanto non ci sia ancora piena condivisione quanto all'effettivo valore innovativo dell'Articolo 138 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) rispetto al precedente Articolo 111(4) del Trattato della Comunità Europea (TCE), alcune differenze testuali, nonché la diversa collocazione dell'articolo nell'impianto del Trattato giustificano la convinzione che l'ordinamento dell'UE imponga oggi un assetto in parte differente alla rappresentanza esterna in tale ambito da quello contemplato nelle previsioni del 1992.

· Ordinario di Diritto internazionale, Università Cattolica del Sacro Cuore.

1.1. Da Maastricht a Lisbona: incapacità di raggiungere una soluzione sistematica in tema di rappresentanza esterna

L'articolo 109, paragrafo 4 del Trattato di Maastricht (divenuto articolo 111(4) CE a seguito del consolidamento operato con il Trattato di Amsterdam) fissava i principi della rappresentanza esterna della Comunità in materie relative all'EMU affidando al Consiglio il compito di decidere all'unanimità come tale rappresentanza si sarebbe dovuta concretamente estrinsecare nel rispetto dell'allocazione delle competenze interne:

«*Fatto salvo il paragrafo 1*[1]*, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione e previa consultazione della BCE, decide in merito alla posizione della Comunità sul piano internazionale per quanto riguarda questioni di particolare importanza per l'Unione economica e monetaria, nonché, deliberando all'unanimità, in merito alla sua rappresentanza in conformità della ripartizione dei poteri prevista dagli articoli 103*[2] *e 105*[3]».

Nonostante nel novembre del 1998 la Commissione avesse presentato al Consiglio una proposta di decisione *in merito alla rappresentanza e all'adozione di una posizione della Comunità sul piano internazionale nel contesto dell'Unione economica e monetaria*[4], quest'ultimo non riuscì a raggiungere un accordo all'unanimità e la prassi si è quindi successivamente consolidata sulla base degli indirizzi che diede in seguito il Consiglio europeo di Vienna, nel dicembre 1998.

La proposta della Commissione prevedeva nella sostanza che per tutte le materie di politica monetaria e di politica dei cambi fosse la Banca Centrale Europea (BCE) a rappresentare la Comunità (per effetto della sua competenza interna in base all'art. 105 del Trattato), mentre per quelle che inerivano alle politiche economiche, rimaste di competenza statuale ma che gli Stati si impegna(va)no a far convergere in quanto materie divenute di "interesse comune", gli Stati membri avrebbero dovuto coordinarsi in seno al Consiglio[5]. Peraltro, poiché Consiglio e Commissione giuocano un ruolo attivo nel processo di coordinamento e sorve-

[1] In materia di tassi di cambio.
[2] Politica economica.
[3] Politica monetaria.
[4] COM(1998)637.
[5] «*The reference to Article 103 means that when economic policies are discussed, representation should reflect the obligation on the Member States to regard their economic policies as a matter of common concern and to co-ordinate these economic policies within the Council*» (p. 3).

glianza delle politiche economiche, tale ruolo doveva riflettersi in una loro diretta partecipazione nei fori internazionali rilevanti[6].

La proposta prevedeva poi nel dettaglio che: a) nelle riunioni del G7 Finanziario e relativi gruppi preparatori, quelli tra gli Stati membri che ne erano parte assicurassero la rappresentanza della Comunità nei modi appropriati (senza però fornire indicazioni più concrete); b) nelle riunioni del G10 e relativi gruppi preparatori essi garantissero la partecipazione sia della BCE sia dello Stato che in quel momento deteneva la Presidenza del Consiglio, e c) nelle riunioni del Comitato di politica economica dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE), la delegazione comunitaria includesse non solo la Commissione, ma anche la BCE ed eventualmente – qualora non già rappresentato – lo Stato alla Presidenza del Consiglio.

Parimenti, la Commissione auspicava che in seno al Fondo Monetario Internazionale (FMI o Fondo), ove non è contemplata la partecipazione di enti sovra-statuali, d) nell'*Executive Board* lo Stato che di volta in volta ricopriva la Presidenza del Consiglio potesse rappresentarne le istanze e BCE e Commissione potessero prendere parte alle riunioni qualora si discutessero tematiche di rilevanza per l'EMU, nonché e) nell'*Interim Committee* sia lo Stato che ricopriva la Presidenza del Consiglio, sia la BCE e la Commissione potessero partecipare ed esprimere le proprie posizioni in base alle rispettive competenze.

Come indicato, su tale proposta non si raggiunse la necessaria unanimità. Nel Consiglio europeo dell'11-12 dicembre 1998 a Vienna venne confermato il principio che la Comunità dovesse parlare con una sola voce, ma si stabilì unicamente in concreto, da un lato, che il Presidente dell'ECOFIN, o, qualora esso non fosse membro dell'EMU, il Presidente dell'Eurogruppo avrebbe partecipato alle riunioni del G7 (Finanziario) assistito dalla Commissione e, dall'altro, che alla BCE avrebbe dovuto essere garantito un seggio da osservatore in seno al *Board* dell'FMI in relazione alle materie rilevanti per la politica monetaria, mentre le posizioni della Comunità nelle altre materie di competenza del Fondo sarebbero state di volta in volta rappresentate dallo Stato che ricopriva la Presidenza del Consiglio, assistito dalla Commissione[7].

[6] Quanto alla specifica rappresentanza del Consiglio, esso avrebbe dovuto essere rappresentato dallo Stato che ne ricopriva la Presidenza in quel momento, ma solo nel caso che esso facesse parte dell'EMU. Qualora invece lo Stato cui toccava la Presidenza non fosse tra i membri dell'EMU, esso sarebbe stato sostituito dallo Stato tra i paesi EMU che avrebbe per primo ricoperto tale carica in ordine di tempo.

[7] Tali indirizzi confermano i principi che il Consiglio europeo aveva fissato nella Risoluzione del 13 dicembre 1997 *sul coordinamento delle politiche economiche nella terza fase dell'UEM e sugli articoli 109 e 109B del trattato CE*, GUCE C 35 del 2 feb-

L'incapacità del Consiglio di adottare una decisione univoca e soprattutto fondata su criteri sistematici di allocazione della rappresentanza ha prodotto il risultato di una estrema frammentazione, basata su soluzioni *ad hoc* per ciascun contesto e sempre con un dichiarato intento di provvisorietà e pragmatismo. Peraltro, la prassi nel frattempo aveva già trovato suoi parziali assetti: in seno al G7 c'era già stato consenso affinché il Presidente della BCE prendesse parte ai lavori qualora si discutessero la sorveglianza multilaterale e i tassi di cambio, così come la BCE aveva già ottenuto un seggio in qualità di osservatore presso l'*Executive Board* del Fondo.

Nonostante la comune insoddisfazione per l'assetto raggiunto e soprattutto la consapevolezza della diminuzione del ruolo dell'UE nel contesto internazionale a causa dell'incapacità di produrre posizioni stabilmente comuni entro un quadro coerente, dal 1998 fino all'adozione del Trattato di Lisbona non sono stati fatti passi in avanti. Tra le varie proposte di quegli anni, vanno per lo meno ricordati i contributi in materia che la Commissione diede ai lavori per un Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, nel cui contesto essa propose, nel 2002, che entro un più ampio quadro di centralizzazione dell'adozione delle politiche economiche ed un decentramento della loro esecuzione, la rappresentanza esterna dell'eurozona nelle organizzazioni internazionali economiche e finanziarie fosse affidata ad un'unica entità (possibilmente la Commissione stessa)[8]. Il documento contemplava varie proposte relative alle relazioni esterne dell'Unione, che permettessero una fonte unica di iniziativa (*«a single source of initiative and action which is coherent»*). Nel 2006 le sue posizioni erano tuttavia già ben più sfumate: in una nuova Comunicazione, contenente alcune proposte concrete sulle medesime tematiche[9], essa riconosceva come la prassi fatta di soluzioni pragmati-

braio 1998, p. 1. In essa, il Consiglio europeo insisteva sul rispetto rigoroso sia delle procedure sia della ripartizione dei poteri stabiliti dal Trattato e ricapitolava come la politica monetaria e quella dei tassi di cambio dell'euro fossero di competenza dell'UE (rispettivamente della BCE e del Consiglio, poiché in questo secondo caso intervenivano valutazioni non solo monetarie ma anche di parametri economici), mentre spettasse agli Stati membri continuare a preservare le proprie politiche al di fuori del quadro comunitario, pur tenendo nel contempo pienamente conto dell'interesse della Comunità [Unione]. Peraltro, le conclusioni raggiunte dal Consiglio europeo di Vienna del dicembre 1998 riproducono quanto indicato più nel dettaglio dal Rapporto del Consiglio al Consiglio europeo in materia, allegato alla Dichiarazione di Vienna (Allegato II).

[8] Commissione Europea, Comunicazione *A Project for the European Union*, COM(2002) 247 final, 22 maggio 2002.

[9] Commissione Europea, Comunicazione *Europe in the World — Some Practical Proposals for Greater Coherence, Effectiveness and Visibility*, COM(2006) 278 final, 8 giugno 2006.

che e temporanee, come le Conclusioni del Consiglio Europeo di Vienna del 1998 aveva preconizzato, avesse di fatto prodotto una paradossale frammentazione nella rappresentanza, che aveva indiscutibilmente indebolito il ruolo dell'Unione nella *governance* mondiale. Le proposte di soluzione che essa presentò in quell'occasione non furono tuttavia né sistematiche né in realtà più indirizzate ad una unica fonte di iniziativa, ma più modestamente orientate al coordinamento delle posizioni degli Stati membri nei fori rilevanti. Ciò fu confermato da successive prese di posizione relativamente alla specifica rappresentanza in seno all'FMI, ove la Commissione continuava a chiedere che si parlasse con una unica voce e si giungesse ad una *single chair*, ma registrava simultaneamente l'impossibilità di raggiungere un accordo su come ottenere tale obiettivo per i persistenti contrasti tra Stati membri in tema e di fatto si rassegnava a tale risultato[10].

*1.2. Inquadramento della problematica alla luce dell'*acquis communautaire

Sotto il regime dell'Articolo 111 TCE e nell'assenza di una specifica decisione da parte del Consiglio che il medesimo articolo gli chiedeva di adottare, per tentare di dare un ordine sistematico alla materia, sia le istituzioni europee sia la dottrina hanno dunque cercato di orientarsi sulla base dei principi generali dell'ordinamento in tema di corrispondenza tra competenze interne ed esterne: come ben noto, a partire dalla sentenza *AETS*[11] è divenuto principio consolidato che qualora la UE abbia competenza interna esclusiva, esplicita o implicita, essa abbia ugualmente competenza esclusiva esterna, principio peraltro ora espressamente inserito nel TFUE (Articolo 3, paragrafo 2)[12]. Non pare quindi ci siano spazi di disaccordo quanto al fatto che in tema di politica monetaria, l'Unione debba avere anche competenza esterna esclusiva. D'altro canto, non vi è mai stato alcun dubbio che la manifestazione "esterna" della politica monetaria non si limiti certo alla sola adozione di accordi sui tassi di cambio, per cui la competenza esterna dell'Unione era esplicitamente di-

[10] Commissione Europea, Comunicazione Annual Statement on the Euro Area 2007, COM(2007) 231 final, 3 maggio 2007; *EMU@10: successes and challenges after 10 years of Economic and Monetary Union*, European Economy 2/2008, 7 maggio 2008.

[11] Corte di Giustizia, causa 22/70, *Commissione c/Consiglio*, Racc. p. 263.

[12] «*L'Unione ha inoltre competenza esclusiva per la conclusione di accordi internazionali allorché tale conclusione è prevista in un atto legislativo dell'Unione o è necessaria per consentirle di esercitare le sue competenze a livello interno o nella misura in cui può incidere su norme comuni o modificarne la portata*».

sciplinata dal Trattato di Maastricht in base ai paragrafi 1-3 e 5 dell'Articolo 109 (ora 219 TFUE).

In tale contesto, le questioni ancora da risolvere restavano però più di una.

In primo luogo, le pronunce della Corte di Giustizia (CdG o Corte) in materia di competenze parallele e poteri impliciti concernono il cosiddetto *treaty-making power* dell'Unione, ovvero il potere di concludere accordi internazionali con effetti vincolanti sia per l'Unione che per i suoi Stati membri. Nella sostanza, anche laddove si trattava di giudicare entro il contesto di organizzazioni internazionali cui erano parte gli Stati membri e non l'Unione, come ad esempio nel noto Parere 2/91 su una convenzione in seno all'OIL[13], la questione da decidere era sempre se gli Stati membri, grazie alla loro partecipazione alla Comunità/Unione, avessero ancora il potere di sottoscrivere autonomamente accordi che pur la partecipazione alla specifica organizzazione internazionale li legittimava ad assumere. Restava tuttavia aperto se la teoria delle competenze parallele potesse ugualmente applicarsi ai criteri di rappresentanza entro dette organizzazioni o se invece questi andassero separatamente considerati[14], alla sola luce del diritto dell'organizzazione di riferimento, ed eventualmente di quelle norme generalmente applicabili ma sussidiarie relative alla legazione attiva[15]. Nel menzionato Parere 2/91, al contrario, la Corte statuiva espressamente che la base giuridica che le attribuiva il potere di esprimere il parere, l'articolo 300 TCE, le permetteva esclusivamente di pronunciarsi sulla compatibilità di un accordo in progetto con le disposizioni del Trattato, ed in particolare sulla questione se detto ac-

[13] Corte di Giustizia, *Parere 2/91 del 19 marzo 1993 ai sensi dell'art. 228, n. 1, secondo comma, del Trattato CEE – Convenzione n. 170 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro in Materia di Sicurezza durante l'impiego delle sostanze chimiche sul lavoro*, Racc. I-1061.

[14] È qui necessaria una precisazione: non vi è dubbio che la UE possa sottoscrivere accordi anche quando ciò comporta la costituzione di una ente internazionale. Ciò è indiscusso sin dal lontano Parere 1/76, relativo alla creazione del Fondo europeo per l'immobilizzazione della navigazione interna (Corte di Giustizia, *Parere 1/76 del 26 aprile 1977 ai sensi dell'art. 228, n. 1, secondo comma, del Trattato CEE – Accordo relativo all'istituzione del Fondo europeo per l'immobilizzazione della navigazione interna*, Racc. I-00741). A mio avviso il parere non risolve, tuttavia, la questione della rappresentanza esterna dell'Unione al posto degli Stati membri, ma si limita ad estendere – ovviamente – gli scopi del *treaty-making power* della UE anche alla costituzione di enti dotati di propri organi e quindi successivamente in grado di esercitare in prima persona poteri decisori. Nulla di nuovo, dunque, per la concettualizzazione del diritto internazionale.

[15] Cfr. ad esempio Convenzione di Vienna del 14 marzo 1975 sulla rappresentanza degli Stati nelle loro relazioni con le organizzazioni internazionali. La Convenzione non si applica certo all'EU, ma i suoi principi sono stati spesso alla base della prassi di fatto applicata nel caso della Comunità/Unione.

cordo rientrasse o meno nelle competenze della Comunità: «*[n]e consegue che la domanda di parere non verte sulla capacità internazionale della Comunità di aderire ad una convenzione elaborata sotto gli auspici dell'OIL, bensì sulla portata, alla luce del solo diritto comunitario, delle competenze della Comunità e degli Stati membri nel settore che è oggetto della convenzione n. 170. […] Va comunque osservato che, se a norma della Costituzione dell'OIL la Comunità non può concludere direttamente la convenzione n. 170, la sua competenza esterna può se del caso essere esercitata per il tramite degli Stati membri agenti congiuntamente nell'interesse della Comunità*»[16].

Ora, è chiaro che il dibattito dottrinale che si è svolto in vigenza dell'Articolo 111 TCE partendo dall'applicazione della teoria delle competenze parallele voleva colpire la sostanza dei problemi e cogliere l'essenza della rappresentanza in seno ad una organizzazione internazionale in quanto presupposto del potere dell'Unione di negoziare e concludere accordi (vincolanti), anche a causa dell'innegabile riferimento nello stesso articolo 111 TCE alla distribuzione della rappresentanza nel rispetto delle competenze interne. Un tale approccio, se applicato *tout court* alla questione della rappresentanza, ignora tuttavia l'analisi della problematica alla luce del diritto internazionale e dei suoi effetti sul diritto dell'Unione, preoccupandosi solo del contrario, ovvero della manifestazione esterna dell'allocazione interna delle competenze. Inoltre, esso si scontra con il dato fattuale che in alcuni consessi (i Vertici ed altri gruppi "informali") non è in giuoco l'assunzione di impegni vincolanti, ma l'espressione di posizioni di principio, che spesso rilevano non tanto nella loro immediata applicazione ma piuttosto nella loro continuità e rappresentatività di posizioni da poter ricondurre ad un unico centro di interessi, per quanto al suo interno compositi, e che non necessariamente si indirizzano ad uno specifico ambito di "poteri attribuiti". La teoria delle competenze parallele resta dunque un valido parametro, ma non se ne possono ignorare gli intrinseci limiti teorici nel contesto che ci occupa. D'altra parte, ben sappiamo che la teoria dei poteri impliciti ha acquisito valenza ben più profonda ed estesa di quanto essa avesse alla sua origine, divenendo un criterio che, al di là delle individuali pronunce della Corte, ha pervaso l'intera sistematica dei rapporti tra Stati membri e Comunità/Unione fino a superare in qualche modo, o fungere da chiaro fattore mitigante delle competenze su base di attribuzione. Queste considerazioni meritano particolare attenzione per le valutazioni che opereremo sotto l'egida dell'attuale Articolo 138 TFUE.

[16] Punti 4 e 5.

In secondo luogo, come delimitare esattamente le materie che ineriscono alla gestione della politica monetaria, rispetto sia alla politica economica sia ad altri ambiti del diritto dell'Unione, ricollegabili piuttosto alla realizzazione del Mercato Unico? Sappiamo che uno dei criteri utilizzati dalla Corte per valutare la competenza della Comunità/Unione è stata l'analisi "comparata" tra le materie oggetto della competenza interna e la materia del trattato da sottoscrivere. Utilizzando il caso di più immediata comprensione, ovvero la questione della coincidenza di materie tra l'oggetto dell'FMI e la EMU, appare chiaro che non tutte le attività del Fondo possono direttamente qualificarsi come relative alla politica monetaria, per cui non potrebbe contemplarsi la diretta sostituzione degli Stati con l'UE, se anche ciò fosse possibile in base allo Statuto del Fondo. Tuttavia, non si può negare che esiste una coincidenza molto forte tra gli scopi del Fondo, da un lato, e le aree di competenza degli organi dell'EMU: promuovere la cooperazione monetaria internazionale, la stabilità negli scambi e un sistema di tassi di cambio ordinato, contribuire alla costituzione di un sistema multilaterale di pagamenti per le transazioni correnti e l'eliminazione delle restrizioni nei cambi, ed offrire assistenza finanziaria a paesi con difficoltà di bilancia dei pagamenti per garantirne l'equilibrio si possono facilmente comparare con l'Articolo 105, paragrafo 2 del Trattato di Maastricht. Seguendo quei pareri della Corte che riconoscono poteri esterni esclusivi all'Unione nei casi in cui essi risultino necessari per il raggiungimento di obiettivi di competenza esclusiva,[17], oppure nei casi in cui un determinato atto internazionale potrebbe avere ripercussioni consistenti sulle materie di competenza esclusiva[18], dovremmo giungere alla conclusione che anche laddove le competenze interne per trattato sono concorrenti, l'Unione acquista una competenza esterna esclusiva[19]. Ciò tuttavia può valere per quelle materie che in effetti hanno implicazioni per l'EMU, ma sono in verità collegate, nella logica del trattato, alla realizzazione del Mercato Unico: mi riferisco in primo luogo alle norme sui pagamenti ed i capitali. Già qualche maggiore perplessità potrebbe nutrirsi in tema di realizzazione della stabilità fi-

[17] Corte di Giustizia, *Parere 1/76, supra***.**

[18] Corte di Giustizia, *Parere 1/78 del 4 ottobre 1979 emesso in forza dell'art. 228, n. 1, 2° comma, del Trattato CEE sull'accordo internazionale sulla gomma naturale*, Racc., p. 2871.

[19] Nel menzionato parere 2/91, la Corte ha affermato che «*qualora risulti che la materia disciplinata da una convenzione internazionale rientra in parte nella competenza della Comunità e in parte in quella degli Stati membri, l'esigenza di unità nella rappresentanza internazionale della Comunità impone di garantire una stretta collaborazione tra questi ultimi e le istituzioni comunitarie tanto nel processo di negoziazione e di stipulazione quanto nell'adempimento degli impegni assunti*».

nanziaria, che è al crocevia tra le competenze primarie di una banca centrale e che sono riconosciute alla BCE in seno al Trattato, da un lato, e la vigilanza, rimasta di competenza nazionale, dall'altro. Su questo tema si dovrà tuttavia tornare poiché il mantenimento della stabilità finanziaria è uno di quegli obiettivi che hanno fatto l'oggetto delle più recenti riforme ed hanno causato l'introduzione di nuovi strumenti e che a mio avviso offrono oggi spunti per una lettura più articolata della materia.

Entro la nuova, esplicita sistemazione delle competenze nel TFUE tra esclusive, concorrenti e di sostegno/coordinamento/completamento dell'azione degli Stati membri, è tuttavia chiaramente stabilito all'Articolo 5, n. 1 che le politiche economiche restano essenzialmente di competenza dei soli Stati membri, che hanno il solo obbligo di coordinarle entro alcuni indirizzi di massima dell'Unione. Ciò ovviamente non significa che gli Stati membri non abbiano gli obblighi generali di lealtà e di rispetto dell'effetto utile del diritto dell'UE, ma in queste materie è difficile, anche sulla base della teoria dei poteri impliciti, alla luce del TFUE, poter sostenere pianamente una qualsiasi forma di competenza esterna dell'Unione[20].

In ultimo luogo, dovremo per lo meno notare che, se anche potremmo risolvere le questioni suesposte alla luce della teoria delle competenze parallele e dei poteri impliciti, resta comunque da affrontare l'ulteriore problema se in seno all'ordinamento dell'Unione rappresentanza esclusiva in relazione alle materie dell'EMU implichi necessariamente rappresentanza della (sola) BCE. Anche su questo non c'è affatto accordo, anzi il dibattito è stato acceso in passato e non è forse ancora completamente sopito oggi. Peraltro, in tal contesto dovremmo per lo meno articolare il pensiero in relazione ai rapporti tra BCE e Sistema Europeo delle Banche Centrali (SEBC) per non dimenticare che, in base al TFUE, la politica monetaria è in realtà gestita non dalla BCE, ma dal SEBC (Articolo 282(1) TFUE). Se è d'altro canto vero che l'articolo 6 dello Statuto della BCE specifica che spetta alla BCE stessa decidere come debba essere rappresentato il SEBC nel campo della cooperazione internazionale in relazione ai compiti affidatigli dal Trattato (6.1) e che

[20] Merita anticipare già a questo stadio che nella sentenza *Pringle* del novembre 2012, la CdG ha chiaramente separato, alla luce del TFUE, le attività di politica monetaria, che hanno l'obiettivo primario della stabilità dei prezzi e che rientrano nella competenza esclusiva dell'Unione, dalle attività di finanziamento o assistenza di uno Stato (applicate in base al recente Meccanismo Europeo di Stabilità), che – giustificate dall'obiettivo della stabilità finanziaria –, ne sono escluse, e rientrerebbero invece secondo la Corte nel settore della politica economica. La sentenza contiene anche interessanti valutazioni sui poteri dell'Unione nel coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri. Cfr. di seguito paragrafo 3.2.

spetti ad essa partecipare in via di principio alle «istituzioni monetarie internazionali» (potendo le banche centrali nazionali parteciparvi solo su autorizzazione della BCE: Articolo 6.2), ciò deve avvenire «*lascian[d]o impregiudicate le disposizioni dell'articolo 138 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*» (6.3).

Va ugualmente ricordato, come prima accennato, che in base all'Articolo 219 TFUE il Consiglio, seppur previa consultazione della BCE o su sua raccomandazione, può concludere accordi formali su un sistema di tassi di cambio dell'euro nei confronti delle valute di Stati terzi o formulare orientamenti generali di politica del cambio nei confronti di valute di Stati terzi nei cui confronti manchi un sistema di tassi di cambio (paragrafi 1 e 2). Inoltre, il paragrafo 3 del medesimo articolo riconosce al Consiglio la competenza a decidere sulle modalità di negoziazione e conclusione di accordi in materia di regime monetario o valutario sia con Stati terzi sia con organizzazioni internazionali. L'articolo conferma che tali modalità debbono assicurare che l'Unione esprima una posizione unica, ma impone che sia la Commissione ad essere associata a pieno titolo ai negoziati.

1.3. Articolo 138 TFUE

Il Trattato di Lisbona ha in parte modificato il testo dell'articolo 111, paragrafo 4. Quest'ultimo è oggi sostituito dall'Articolo 138 TFUE, che recita:

«*1. Per garantire la posizione dell'euro nel sistema monetario internazionale, il Consiglio, su proposta della Commissione, adotta una decisione che definisce le posizioni comuni sulle questioni che rivestono un interesse particolare per l'unione economica e monetaria nell'ambito delle competenti istituzioni e conferenze finanziarie internazionali. Il Consiglio delibera previa consultazione della Banca centrale europea.*

2. Il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare le misure opportune per garantire una rappresentanza unificata nell'ambito delle istituzioni e conferenze finanziarie internazionali. Il Consiglio delibera previa consultazione della Banca centrale europea.»

Le modifiche rilevanti sono più di una.

In primo luogo, come ben noto, il Trattato di Lisbona ha organizzato l'azione esterna dell'Unione in un'unica Parte (Parte Quinta) del TFUE, soggetta a disposizioni generali che sono espresse al capo 1 del Titolo V del Trattato sull'Unione Europea (TUE). Mentre la cooperazione in materia economica, ivi inclusa la rappresentanza in seno ad organizzazioni

quali l'OCSE, così come la cooperazione allo sviluppo rientrano in tale Parte, l'Articolo 138 è altrove, nella Parte Terza in materia di Politiche ed Azioni Interne dell'Unione, al Titolo VIII (Politica Economica e Monetaria), Capo 4 (Disposizioni specifiche agli Stati membri la cui moneta è l'euro). Se dunque i principi di rappresentanza nelle organizzazioni internazionali dipendono in via generale dall'Articolo 220 TFUE, che incarica l'Alto Rappresentante e la Commissione della sua attuazione, e sono soggetti al principio di coerenza che l'Articolo 21 TUE impone al Consiglio e alla Commissione di garantire (assistiti dall'Alto Rappresentante), la rappresentanza in seno alle «competenti istituzioni e conferenze finanziarie internazionali» in base all'Articolo 138 TFUE è (può essere, secondo la lettera dell'Articolo) regolata dal Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione della BCE, e non è automaticamente ricollegata ai principi dell'azione esterna. Ora, un equivoco deve essere subito dissipato: l'Articolo 21 TUE indica espressamente che il principio di coerenza deve essere garantito non solo tra i vari settori dell'azione esterna, ma anche tra questi e le altre politiche e che l'Unione deve rispettare i principi e gli obiettivi indicati dai primi due paragrafi dell'Articolo 21 TUE sia nell'elaborazione ed attuazione dell'azione esterna sia negli «aspetti esterni» delle altre politiche (paragrafo 3), ma questa sistematica pare confermare l'autonomia dell'EMU rispetto agli assetti delle altre politiche dell'Unione. D'altro canto, se la dimensione *orizzontale* del principio di coerenza, regolato dall'Articolo 21 TUE, può estendersi anche alle politiche *altre*, l'articolo 24 TUE, che ne articola invece gli aspetti *verticali*, è espressamente limitato alla materia di politica estera e di sicurezza (Capo 2: Disposizioni specifiche sulla politica estera e di sicurezza comune)[21].

Si tocca qui un tema che soprattutto agli inizi del dibattito sull'EMU diede vita a forti contrasti (e che si lega alla sopra citata questione se la BCE possa considerarsi unica depositaria della rappresentanza esterna dell'Unione nelle materie dell'Unione Monetaria), ovvero fino a che punto possa parlarsi per l'EMU di un ordinamento soggetto a principi in parte autonomi rispetto a quelli dell'ordinamento dell'Unione in generale. Non è qui la sede per ritornare su questo ben noto dibattito, ma non si può non riconoscere che il Trattato di Lisbona pare rinforzare la peculiarità della rappresentanza dell'Unione nell'ambito dell'EMU[22].

[21] A. MIGNOLLI, *L'azione esterna dell'Unione Europea e il principio di coerenza*, Napoli 2009.

[22] La tesi era sostenuta soprattutto da C. Zilioli e A. Selmayr. Per ciò che qui interessa cfr. in particolare dei due autori: *The External Relations of the Euro Area: Legal Aspects*, CMLR 1999, pp. 273-349.

Peraltro, in tal contesto va anche notato che mentre l'Articolo 111 TCE regolava in un unico insieme di principi sia la competenza della Comunità a sottoscrivere accordi sui tassi di cambio sia la sua rappresentanza in seno alle istituzioni finanziarie internazionali, oggi l'articolo 138 TFUE, che sostituisce il solo paragrafo 4 dell'articolo 111 TCE, ha vita propria rispetto al successivo Articolo 219 sugli accordi sui tassi di cambio, che sostituisce gli altri paragrafi dell'Articolo 111 TCE. Anche questa appare in qualche modo un'anomalia, nel senso che la politica dei cambi è sicuramente inerente all'EMU, sia che la si faccia rientrare pianamente nella politica monetaria sia che la si sussuma piuttosto alla politica economica (o ad entrambe): i poteri normativi esterni dell'Unione paiono cioè regolati in effetti entro la Parte dell'azione esterna, mentre la rappresentanza in seno alle organizzazioni internazionali resta autonoma ed a parte.

È in tal contesto che va da ultimo notata una sostanziale differenza semantica dell'Articolo 138 TFUE rispetto all'Articolo 111, paragrafo 4 TCE: l'ambito di applicazione della norma è infatti limitato all'elaborazione di posizioni comuni e della rappresentanza *nell'ambito delle competenti istituzioni e conferenze finanziarie internazionali*, ed al fine di *garantire la posizione dell'euro nel sistema monetario internazionale.* Le posizioni sono limitate a quelle questioni che rivestono un interesse particolare per l'unione economica e monetaria.

In secondo luogo, sparisce dall'Articolo 138 TFU qualsiasi riferimento all'allocazione delle competenze interne. Al suo posto, vi è esplicita menzione dell'obiettivo di una «rappresentanza unificata». Se questi due elementi si leggono congiuntamente, ci si chiede se non possano essere sufficienti a sostenere che l'Articolo 138 TFUE non intenda più, come il suo predecessore, allocare la rappresentanza secondo uno stretto criterio di allocazione delle competenze, ma piuttosto riconosca che per lo specifico obiettivo di garantire la posizione dell'euro nel sistema monetario internazionale la rappresentanza unificata si giustifichi in via generale, indipendentemente dalle specifiche competenze (e sempre e solo limitatamente alle questioni che rivestono un interesse particolare per l'EMU). Certo, questa è una lettura azzardata, ma gli sviluppi dell'*acquis communautaire* come sopra descritti, anche entro l'ambito del pieno riconoscimento ed una piena valorizzazione di una allocazione composita delle competenze, vanno sempre più nella direzione di una "comunitarizzazione" delle competenze esterne.

Infine, nell'Articolo 138 TFUE è eliminato il requisito dell'unanimità in seno al Consiglio per l'adozione delle misure relative all'organizzazione della rappresentanza esterna dell'Unione, al cui voto peral-

tro si indica espressamente che partecipano esclusivamente i paesi membri dell'EMU (paragrafo (3) del medesimo articolo). Tale eliminazione è stata a sua volta letta come un segno della ulteriore "comunitarizzazione" dei criteri di rappresentanza[23].

Come conclusione preliminare, a questo stadio dell'analisi, sembrerebbe allora di poter leggere l'Articolo 138 TFUE in modo più articolato rispetto all'Articolo 111 TCE e di dover valorizzare proprio l'eliminazione del riferimento alle competenze interne e lo specifico richiamo al fine ultimo di garantire la posizione dell'euro nel sistema monetario internazionale entro una rappresentanza unificata: indipendentemente dalle competenze per aspetti specifici come la più sopra discussa competenza per accordi internazionali sui tassi di cambio, l'Articolo 138 riconosce la necessità di forme di cooperazione internazionale che garantiscano il ruolo dell'euro nel sistema monetario internazionale e per questo contempla meccanismi di rappresentanza necessariamente unificata e che eventualmente superino l'allocazione delle competenze su base interna. Un po' come a dire: indipendentemente dalla realizzazione concreta di ciascuna misura necessaria in base alle norme del Trattato, l'euro è parte di un sistema monetario che richiede e necessariamente implica una rappresentanza esterna unificata. Le carenze di una realizzazione compiuta di questo principio si sono ben viste nella gestione di alcuni momenti delicati della gestione della/e crisi di questi ultimi anni.

Prima di vedere i possibili risultati concreti di questa lettura, che si valorizza soprattutto alla luce degli sviluppi più recenti sia all'interno dell'ordinamento dell'Unione sia degli strumenti di cooperazione internazionale, bisogna però considerare brevemente l'organizzazione della rappresentanza esterna dell'Unione nella prassi odierna alla luce del diritto internazionale. Come già brevemente accennato, le norme del Trattato infatti ci aiutano ad identificare la distribuzione delle competenze in seno all'Unione, ma è il principio dell'effettività che può dirci se in effetti l'Unione (o la EMU) è riconosciuta quale centro di imputazione di diritti ed obblighi nel diritto internazionale dell'economia che abbia ad oggetto problematiche di natura monetaria.[24] Si deve in definitiva verificare come l'ordinamento internazionale, o gli ordinamenti internazionali interpreti(no) la rappresentanza in caso di unione monetaria tra un gruppo di Stati.

[23] R. SMITS, *International representation of Europe in the area of Economic and Monetary Union: legal issues and practice in the first ten years of the Euro*, 2009.

[24] Per un inquadramento del contesto, cfr. A. VITERBO, *International Economic Law and Monetary Measures – Limitations to States' Sovereignty and Dispute Settlement*, 2012.

2. La prassi internazionale nell'ultimo decennio

Nel Rapporto che il Consiglio preparò al Consiglio europeo di Vienna del dicembre 1998 (allegato alle Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo), esso dichiarava:

«*The external representation in Stage 3 of EMU will imply changes in the current organisation of international fora. Therefore, third countries and institutions will need to be persuaded to accept the solutions proposed by the European Union. The Council considers that a pragmatic approach might be the most successful which could minimise the adaptation of current rules and practices provided, of course, that such an approach resulted in an outcome which recognised properly the role of the euro*»[25]

Si riconosceva dunque fin dagli esordi che la problematica andava in realtà risolta in base al diritto internazionale.

Il dibattito si è per lo più focalizzato sul limite oggettivo dello Statuto delle istituzioni di Bretton Woods (cui ci si riferisce usualmente come le "Istituzioni Finanziarie Internazionali", di seguito anche IFIs) all'adesione di un ente che non sia un Stato. Tuttavia, in aggiunta alla verifica di eventuali impedimenti prodotti dalle norme di partecipazione e/o organizzazione di ciascun ente/organizzazione rilevante, cioè sulla base delle norme a nostra disposizione, è rilevante come la prassi si sia sedimentata in materia. Su questo cercheremo in primo luogo di focalizzare la nostra attenzione. A tal proposito, già una prima incongruenza era stata messa in evidenza nelle pagine precedenti: per quanto il Consiglio europeo di Vienna del dicembre 1998 stabilisse che fosse il Consiglio a dover rappresentare gli interessi comunitari in seno al G7 (Finanziario), con l'ausilio della Commissione, il Vertice aveva invece già riconosciuto la partecipazione in qualità di osservatore del Presidente della BCE.

2.1. Istituzioni Finanziarie Internazionali

Gli statuti delle istituzioni di Bretton Woods prevedono come membri esclusivamente gli Stati. Le unioni monetarie non sono ammesse in tale qualità e come noto i meccanismi di voto sono su base ponderata in relazione alle quote possedute da ciascuno Stato. Degli Stati membri, solo Germania, Francia e Regno Unito hanno un seggio individuale (così come Stati Uniti, Giappone, Russia, Cina ed Arabia Saudita). Gli altri sono parte di sette differenti *constituencies* composte anche di Stati che

[25] Allegato II alle Conclusioni, punto 3.

non fanno parte dell'Unione e di cui solo in alcuni casi uno Stato membro detiene la presidenza in modo permanente (questo è il caso dell'Italia, dell'Olanda e del Belgio); in altri casi, lo Stato membro la detiene a rotazione (Spagna, paesi nordici e baltici); in altri, infine, lo Stato membro copre il ruolo di *alternate* (il Portogallo rispetto all'Italia) o nessun ruolo specifico (Irlanda, Polonia)[26].

In seno all'FMI, gli Stati membri dell'EMU operano un coordinamento che si realizza concretamente tramite la lettura di dichiarazioni comuni da parte del Presidente dell'ECOFIN, se questi è di un paese dell'Eurogruppo, o dal rappresentante dello Stato dell'Eurogruppo che per primo occuperà tale posizione in ordine di tempo, oppure dalla BCE, che come già accennato ha lo *status* di osservatore in seno all'*Executive Board* (ruolo che non ha invece la Commissione, e che la BCE ha anche in seno all'*Interim Committee*). Il coordinamento è garantito da due diversi organismi esterni al Fondo: a Bruxelles si riunisce il Sub-Comitato sull'FMI (SCIMF, dall'acronimo inglese) del Comitato Economico e Finanziario, formato da rappresentanti dei Ministeri delle Finanze e delle Banche Centrali nonché un rappresentante della BCE ed un rappresentante della Commissione, e che riferisce all'ECOFIN. Esso si riunisce su base mensile o bimensile e svolge un'opera di monitoraggio delle attività del Fondo. A Washington i Direttori Esecutivi degli Stati membri, i rappresentanti di quegli Stati membri che non esprimono un direttore esecutivo e due osservatori della BCE e della Commissione si riuniscono invece nell'EURIMF su base più regolare, per la gestione delle attività continuative dell'Istituzione. All'*Interim Committee* partecipa, accanto al Presidente della BCE, anche il Commissario per gli Affari Economici e Monetari.

In seno alla Banca Mondiale il coordinamento è meno strutturato che in seno all'FMI: i rappresentanti degli Stati membri e la Commissione, in qualità di solo osservatore, si riuniscono per l'adozione di posizioni coordinate o comuni. Non si è invece mai costituito un comitato del tipo dello SCIMF. Peraltro, nell'incontro bi-annuale del Comitato congiunto FMI/Banca Mondiale sullo sviluppo la Commissione ha un seggio da osservatore[27].

[26] Ciò dipende dalle regole che si è data ciascuna *costituency*.

[27] Una problematica di notevole rilievo esula dalla presente analisi, ma merita almeno una menzione: le attività di cooperazione allo sviluppo della Banca Mondiale rientrano in verità nelle competenze concorrenti tra Unione e Stati membri (Articolo 4, paragrafo 4 TFUE e Articolo 208, paragrafo 1 TFUE). In tal contesto la Unione non dovrebbe rivendicare un seggio al posto degli Stati membri, bensì al loro fianco, come peraltro l'articolo 210 TFUE parrebbe legittimare per quanto riguarda il diritto dell'Unione: «*1. Per favorire la complementarità e l'efficacia delle azioni, l'Unione e gli Stati membri*

Benché dunque in tema di politica monetaria la competenza sia esclusiva dell'Unione, essa non la esercita in seno alla principale istituzione finanziaria internazionale per la gestione del sistema monetario internazionale, ove viene invece operato un coordinamento (informale, per quanto strutturato) che trova limiti oggettivi nella composizione delle differenti *constituencies*.

Il quadro si conferma quindi particolarmente frammentario e problematico. Come già indicato più sopra, né in seno al FMI né tanto meno in seno all'Unione pare però si sia raggiunta una qualsiasi posizione chiara in materia, se non la condivisione che diversi assetti di *governance* potrebbero realizzarsi solo a seguito di modifiche statutarie delle IFIs.

Ciononostante, qualche modifica nella prassi delle IFIs quanto a valorizzazione dell'EMU si può registrare nel corso degli anni.

La prima reazione dell'FMI alla creazione dell'EMU fu di conferma del mantenimento dello *status quo*:

«*The Fund is a country-based institution, and the transfer of monetary powers by members of the euro area to the institutions of the EMU will not affect their legal relationship with the Fund under the Funds' Articles of Agreement. Euro-area members will continue to be members of the Fund in their own individual capacity as countries. All rights of membership will continue to be available to each individual member, and all the obligations that membership in the Fund entails will continue to bind them individually*»[28]

Nonostante però i limiti statutari e le descritte dichiarazioni o prese di posizione da parte del Fondo, nei momenti di maggior rilievo per le sue attività, ossia sia per la redazione del *World Economic Outlook*, sia nelle attività di sorveglianza in base all'articolo IV dello Statuto, sia infine nella redazione dei *Report on the Observance of Standards and Codes* (ROSC), il Fondo prende in considerazione l'eurozona congiuntamente ed in tali materie gli Stati membri adottano posizioni comuni

coordinano le rispettive politiche in materia di cooperazione allo sviluppo e si concertano sui rispettivi programmi di aiuto, anche nelle organizzazioni internazionali e in occasione di conferenze internazionali. Essi possono intraprendere azioni congiunte. Gli Stati membri contribuiscono, se necessario, all'attuazione dei programmi di aiuto dell'Unione. 2. La Commissione può prendere qualsiasi iniziativa utile a promuovere il coordinamento di cui al paragrafo 1.» Mentre dunque per tutte le attività di cooperazione della Banca Mondiale con il Fondo per il mantenimento della stabilità finanziaria le due Istituzioni possono considerarsi unitamente, quando si amplia il quadro alla globalità delle attività dalla Banca Mondiale, le considerazioni sono parzialmente differenti.

[28] La dichiarazione è dell'*Acting Chairman* dell'*Executive Board* del Fondo nella riunione 98/101 del 21 settembre 1998, come riportata dal Direttore Esecutivo belga Kiekens in "*What kind of external representation for the Euro*", Vienna 2003.

(senza tuttavia per questo cessare di svolgere le medesime attività anche nei confronti degli Stati membri individualmente).

Inoltre, nella composizione degli *Special Drawing Rights* (SDR) (paniere di valute dal 1974) nel 1999 il Fondo aveva sostituito il franco francese ed il marco tedesco con l'euro, mantenendo tuttavia all'epoca due diversi tassi di ponderazione, che riflettevano i valori precedenti delle monete. Questa impostazione è stata modificata nel corso degli anni, giungendo a considerare l'euro in modo completamente autonomo da qualsiasi suo predecessore:

«*The currencies included in the SDR shall be the four currencies issued by Fund members, or by monetary unions that include Funds members, whose exports of goods and services during the five-year period ending 12 months before the effective date of the revision had the largest value*»[29]

Senza dunque modificare il fatto che l'FMI resti una istituzione *country-based*, come dichiarato nel 1990, la prassi ha preso definitivamente atto dell'esistenza dell'Unione monetaria e le applica direttamente le norme materiali del Fondo, soprattutto quando si tratta di valutare le conseguenze sistemiche degli andamenti non solo monetari ma anche macro-economici a livello regionale.

2.2. Vertici ed altri consessi "informali"

Pur nel rinnovato ruolo delle IFIs, e soprattutto del FMI nelle recenti crisi sovrane, il coordinamento a livello internazionale per tematiche di natura finanziaria e di politica monetaria tra Stati avviene oggi in massima parte in fori esterni alle istituzioni di Bretton Woods, ove non di rado anzi viene decisa la direzione delle azioni delle IFIs stesse. Ad alcuni di essi partecipano a loro volta FMI e Banca Mondiale. Come noto, pur in presenza di un alto livello di istituzionalizzazione delle procedure e delle materie oggetto di discussione ed il loro richiamo in plurimi contesti giuridici, incluso l'articolo 138 TFUE, tali fori non trovano ancora una esatta collocazione entro le categorie del diritto internazionale (l'unica affermazione positivamente condivisa essendo che non sono organizzazioni internazionali); essi non adottano misure vincolanti ma si concludono con dichiarazioni di principi e la cooperazione al loro interno viene quindi in via di prima approssimazione definita "informale". Nonostante

[29] FMI, Comunicato Stampa n. 5/265, 2 dicembre 2005. Poiché gli SDR sono rivisti ogni cinque anni, l'ultimo aggiustamento è stato operato a novembre 2010 ed è entrato in vigore a gennaio 2011, confermando quanto già stabilito nel 2005.

dunque il loro indiscusso rilievo, non solo politico, la rappresentanza in tali consessi non segue specifiche norme se non quelle determinate dall'accordo dei loro membri.

L'Unione europea partecipa regolarmente ai Vertici del G8 pur non essendone formalmente un membro ed è rappresentata in tale sede dal Presidente della Commissione e dal Presidente del Consiglio europeo. Le materie trattate dal G8 sono molteplici, sia tra quelle che l'Unione regola in via esclusiva sia tra quelle concorrenti. In tal consesso, l'UE non si presenta con uno specifico mandato, ma cerca di dare coerenza alle posizioni degli Stati membri ivi rappresentati in conformità coi principi del proprio ordinamento. La Commissione riferisce in seno al COREPER.

Coinvolgimento più articolato si ha invece nel G7 Finanziario, ove per le materie strettamente relative alla politica monetaria ed ai regimi di cambio il Presidente della BCE sostituisce i governatori delle tre banche centrali dell'Eurogruppo, ovvero Germania, Francia ed Italia (solo il Regno Unito rimane dunque autonomamente presente in tali contesti). E' il Presidente della BCE a partecipare alle discussioni sulla sorveglianza delle politiche economiche degli Stati, che nel sistema monetario internazionale è strumento principe oggi nel controllo delle situazioni di squilibrio, anche se la materia in parte tocca le politiche economiche. Nelle più generali discussioni sull'architettura finanziaria internazionale e le politiche di sviluppo sono invece presenti i ministri delle Finanze/Economia e i governatori delle banche centrali nazionali individualmente. Per specifiche materie, è presente il Commissario europeo per gli Affari Economici e Monetari.

Qualche parola in più va spesa per il G20, composto dai rappresentanti dei paesi reputati "sistemicamente rilevanti" per la stabilità finanziaria globale, ovvero diciannove paesi di dimensioni medio-grandi (paesi "sviluppati" e paesi "emergenti") e l'Unione europea. Il G20, costituito nel 1999 a seguito delle crisi degli anni Novanta del secolo scorso e recentemente rivitalizzato grazie in primo luogo alla volontà del Presidente degli Stati Uniti Obama (Vertice di Pittsburgh, 2009), differisce dagli altri Vertici non solo per il numero dei membri, ma anche per l'oggetto: la costituzione di tale consesso si fonda sulla convinzione che gli strumenti del sistema monetario internazionale, veicolati principalmente tramite il FMI, non siano sufficienti a cogliere la complessità dei rapporti tra Stati e soprattutto non siano in grado di garantire la stabilità finanziaria, che è concetto ben più articolato di quella di contenimento degli squilibri delle bilance dei pagamenti che la politica di sorveglianza tendeva a mirare. Il G20 apre dunque una fase nuova di cooperazione internazionale non solo perché muta il numero dei *players* rilevanti, ma

perché ne modifica l'oggetto della collaborazione, nonché conferma l'applicazione di una specifica ed interessante articolazione della c.d. «*multi-level*» o «*multi-tier governance*», che interessa il diritto internazionale tanto quanto il diritto dell'Unione[30].

In seno al G20 l'Unione europea è rappresentata dalla Presidenza ECOFIN e dalla BCE, specularmente ai tre paesi dell'EMU che prendono parte al G20 (i medesimi che prendono parte al G7) ed al Regno Unito, che sono rappresentati dai rispettivi Ministri delle Finanze/Economia e Governatori della Banca Centrale. La Commissione è parte della delegazione dell'Unione. Nel vertice dei leader, l'Unione europea è rappresentata dal Presidente del Consiglio europeo e dal Presidente della Commissione.

Un ultimo riferimento merita la Banca per i Regolamenti Internazionali (più nota in base all'acronimo inglese BIS), che ha lo scopo di favorire la cooperazione tra banche centrali in materia monetaria e finanziaria ed agisce come banca delle banche, anche quanto a struttura, ove ciascuna banca centrale che voglia parteciparvi ne diviene azionista. Ne sono azioniste la maggior parte delle banche centrali dell'Unione europea e la BCE. In questo caso, tuttavia, le banche centrali sono azioniste e quindi membri in prima persona ed indipendentemente dalle concrete competenze di ciascuna. La BIS svolge la segreteria di alcuni comitati di banche centrali, cui la BCE partecipa in modo differenziato a seconda dell'oggetto del Comitato: membro di pieno diritto del Comitato sul Sistema Finanziario Globale, del Comitato sui Sistemi di Pagamento e Compensazione e del Comitato sui Mercati, è invece osservatore nel Comitato di Basilea sulla Supervisione Bancaria, di competenza delle banche centrali nazionali in seno all'EMU.

Lasciando da parte la questione in fondo contingente dello Statuto di FMI e Banca Mondiale che rendono impossibile la partecipazione diretta dell'Unione in qualità di membro (e di cui ci occuperemo nell'ultima parte di questo scritto per vedere possibili soluzioni di emendamento degli Statuti), è innegabile che la prassi internazionale riconosca l'Unione come rappresentante di interessi specifici ed autonomi rispetto ai suoi Stati membri entro l'EMU. Soprattutto laddove il parametro non sia più solo l'esistenza di una autonoma politica monetaria da coordinare, ma si estenda al più complesso parametro della rilevanza sistemica ai fini della

[30] Per tutti, cfr., per una analisi del modello nella *global governance*, M. ZÜRN, *Global governance as multi-level governance*, in H. ENDERLEIN, S. WÄLTI and H. ZÜRN (eds), *Handbook on Multi-level Governance*, Edward Elgar Publishers, 2010, 80-99.

stabilità finanziaria, l'Unione viene percepita come in effetti un'unica grandezza, i cui elementi di rischio vanno valuti congiuntamente.

È alla luce di queste ultime considerazioni che la lettura che si è tentato di dare più sopra dell'Articolo 138 TFUE acquista a mio avviso un diverso spessore, più da parametrarsi all'evolversi dell'ordinamento monetario/finanziario internazionale che al giuoco delle competenze interne. Peraltro, come vedremo immediatamente, anche le misure che l'Unione ha adottato per mitigare gli effetti della recente crisi sono il portato dell'elaborazione internazionale forse più che il risultato di sviluppi interni maturati prioritariamente in seno all'Unione.

3. Nuove dinamiche nella cooperazione internazionale

3.1. Proposte di riforma della governance *del FMI*

Per superare il limite dello statuto del FMI, sono state avanzate alcune proposte. Un primo insieme di teorie si fonda su una interpretazione estensiva del termine "Stato": nonostante sia vero che le unioni monetarie non sono rappresentate in quanto tali in seno al Fondo, l'unione realizzata con l'EMU sarebbe sostanzialmente diversa, poiché con l'Unione si assiste ad un trasferimento di sovranità che non è presente in altre unioni monetarie[31]. La valutazione è di pregio, ma nella sostanza non dirimente, poiché il trasferimento di sovranità non è tale da far attribuire all'UE i caratteri pieni dello "Stato". Peraltro, è chiaro che la prassi non ha seguito tale approccio.

Le altre tesi che si sono diffuse partono invece dal presupposto che lo statuto debba essere emendato. Due sono le possibili direzioni: l'Unione si sostituisce ai singoli Stati con un unico seggio, oppure le viene riconosciuto un seggio in aggiunta a quello degli Stati. Entrambe le soluzioni sono sostenute da motivazioni teoriche valide, basate nella sostanza su argomenti di diritto interno all'Unione: da un lato si valorizza la competenza esclusiva dell'Unione in politica monetaria, dall'altro si sostiene che le attività del Fondo non sono esclusivamente dirette alla gestione di tale politica. Peraltro, entrambe produrrebbero assetti molto diversi nella *governance* del Fondo rispetto ad ora, la prima riducendo di molto il ruolo dei paesi europei nel loro insieme (poiché in caso di considerazione delle economie europee come un *unicum* dovrebbero toglier-

[31] R. SMITS, *cit*., *supra*.

si dai calcoli le transazioni intracomunitarie, che invece oggi sono prese in considerazione), la seconda aumentandolo, anzi si dice "raddoppiandolo" in modo artificiale[32].

È ovvio che la considerazione della rappresentanza dell'Unione/EMU non possa essere estrapolata dal contesto generale di analisi dello Statuto del Fondo, che richiederebbe considerazioni congiunte sul suo oggetto oltre che sulle sua *governance*. D'altro canto, una modifica alla *governance* del Fondo è stata approvata nel novembre del 2010, a seguito di un accordo in seno al G20, che rafforza la rappresentatività di alcuni paesi emergenti tramite un trasferimento di quote e conseguentemente voti ed una riduzione dei Direttori Esecutivi espressione dei paesi "avanzati" a vantaggio di un rafforzamento di quelli espressione dei paesi emergenti (tutti su base elettiva). Si prevede che la riforma entri in vigore entro la fine del 2013, benché ad oggi non siano ancora state raggiunte le soglie previste in termini di ratifiche, e questa potrebbe avere un impatto sul ruolo dell'UE[33]. Come si vede, però, ciò deriverebbe da scelte più complessive operate all'interno del diritto internazionale, non come diretta conseguenza degli assetti interni dell'UE. Sarebbe cioè sulla base del diritto internazionale e dei modi in cui esso concepisce il ruolo delle unioni monetarie regionali nel sistema monetario attuale ad essere dirimenti.

3.2. Meccanismo Europeo di Stabilità e «nuovo Patto di Stabilità» tra i paesi EMU

A febbraio 2012, come noto, è stato adottato un trattato internazionale, aperto alla ratifica di tutti gli Stati membri dell'EMU, che ha creato il Meccanismo Europeo di Stabilità (MES)[34], un meccanismo permanente di gestione delle crisi attivo da ottobre 2012 e destinato a sostituire il *Fondo europeo di stabilità finanziaria* (FESF), nonché il *Meccanismo*

[32] Per una sintesi, cfr. L. BINI SMAGHI, *A Single EU Seat in the IMF?*, JCMS 2004, Vol. 42, n. 2, pp. 229-48; e S. CAFARO, *Il governo delle organizzazioni di Bretton Woods*, Torino 2012.

[33] Per una sintesi della riforma, cfr. IMF *Quota and Governance Publications*, 11 maggio 2012, nonché IMF, *Proposed Amendment on the Reform of the IMF Executive Board and Fourteenth General Review of Quotas—Status of Acceptances and Consents (Prepared by the Legal, Finance, and Secretary's Departments)*, 14 marzo, 2012.

[34] Trattato che istituisce il Meccanismo Europeo di Stabilità tra il Regno del Belgio, la Repubblica Federale di Germania, la Repubblica di Estonia, l'Irlanda, la Repubblica Ellenica, il Regno di Spagna, la Repubblica Francese, la Repubblica Italiana, la Repubblica di Cipro, il Granducato di Lussemburgo, Malta, il Regno dei Paesi Bassi, la Repubblica d'Austria, la Repubblica Portoghese, la Repubblica di Slovenia, la Repubblica Slovacca e la Repubblica di Finlandia.

europeo di stabilizzazione finanziaria (MESF) – quest'ultimo diretto invece alla generalità degli Stati membri dell'Unione –[35], entrambi parte del *Financial Stability Package* adottato dal Consiglio europeo di marzo 2011[36].

Giuridicamente, il MES è una istituzione finanziaria internazionale, con sede a Lussemburgo, che ha il fine di sostenere i paesi dell'EMU nel caso in cui ciò diventi indispensabile per salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro e che dispone di un'ampia gamma di strumenti di assistenza finanziaria: concessione di prestiti, assistenza finanziaria precauzionale, acquisto di obbligazioni degli Stati beneficiari sui mercati primari e secondari, concessione di prestiti per la ricapitalizzazione degli istituti finanziari[37]. Essa è stata costituita con un trattato autonomo cui partecipano solo i paesi dell'eurogruppo; tale trattato è tuttavia strettamente legato al Trattato dell'Unione europea. Oltre al fatto che tutti gli Stati dell'EMU ne diventano membri (previa ratifica) e che per effetto della futura adesione all'EMU lo Stato dovrebbe divenire anche membro del Patto con i medesimi diritti ed obblighi delle parti contraenti, altri elementi lo collocano in un evidente legame funzionale ed istituzionale con l'Unione.

In primo luogo, con decisione del Consiglio europeo del 25 marzo 2011[38], con procedura semplificata ex Articolo 48, paragrafo 6 TUE, l'Articolo 136 TFUE è stato modificato tramite l'aggiunta di uno specifico paragrafo: «*Gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità dell'intera zona euro. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta*

[35] Il MESF è stato istituito in base all'Articolo 122 TFUE (per situazioni di gravi difficoltà o circostanze eccezionali) con regolamento del Consiglio: Regolamento del Consiglio n. 407/2010 dell'11 maggio 2010, GU L 118 del 12 maggio 2010, p. 1.

[36] I due meccanismi – FESF e MESF – erano stati concepiti unitariamente, per quanto rivolti a gruppi di Stati membri differenti (tanto che il primo aiuto concesso, all'Irlanda, ha attinto ad entrambi gli strumenti). Il Package prevedeva inoltre una terza fonte di finanziamento, ovvero prestiti del FMI, che tuttavia non potevano superare il 50% di quanto erogato dai due fondi. Per completezza, si ricordi che invece il precedente insieme di aiuti alla Grecia era stato dato fuori da qualsiasi meccanismo istituzionalizzato. I due strumenti resteranno attivi fino a giugno 2013. Successivamente, il FESF porterà a termine l'esecuzione delle operazioni già concluse fino ad estinguimento. Da ottobre 2012 il Fondo (costituito in società in base al diritto lussemburghese) è gestito dalla dirigenza del MES. Per un'analisi degli aspetti giuridici di questi strumenti alla luce delle norme del TFUE, cfr. per tutti J.V. LOUIS, *The No-Bailout Clause and Rescue Packages*, CMLR 2010, pp. 971-986.

[37] Per una sintesi efficace dei caratteri e degli strumenti del MES, cfr. ECB, *The European Stability Mechanism*, Monthly Bulletin di luglio 2011.

[38] Decisione 2011/199/UE, GU L 91 del 6 aprile 2011, p. 1.

a una rigorosa condizionalità». Gli Stati membri hanno dunque preferito ricorrere allo strumento della modifica del Trattato per procedura semplificata invece che utilizzare la clausola di flessibilità ex Articolo 352 TFUE: come ben noto, secondo tale articolo, il Consiglio può adottare le disposizioni appropriate qualora un'azione dell'Unione appaia necessaria per realizzare uno degli obiettivi del Trattato senza che siano però stati previsti i poteri di azione richiesti. Tuttavia, una tal misura si sarebbe potuta fondare sul solo presupposto che la stabilità finanziaria sia un obiettivo del Trattato. Inoltre, già la creazione del MESF in base ad un regolamento del Consiglio ex Articolo 122 TFUE (assistenza finanziaria concessa ad uno Stato in circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo) era stata fortemente criticata, fin al punto da essere minacciata da un ricorso per incostituzionalità davanti alla Corte Costituzionale tedesca. In tal contesto, gli Stati membri hanno optato per una modifica del Trattato per via semplificata (ex paragrafo 6 dell'Articolo 48)[39]. Per rispettare il dettato dell'articolo, è tuttavia necessario che la modifica non estenda le competenze attribuite all'Unione, risultato che si è ottenuto tramite il ricorso al trattato intergovernativo. Ecco allora compreso lo stretto nesso tra il trattato istitutivo del MES e il TFUE, oltre che la complessità dei rapporti istituzionali che ciò crea[40].

D'altro canto, la recente sentenza della Corte in *Pringle*[41] ha confermato la compatibilità del Trattato istitutivo del MES con il contesto istituzionale dell'Unione. La domanda pregiudiziale che ha dato origine alla sentenza verteva in primo luogo sulla validità della decisione che ha modificato l'Articolo 136 TFUE in base alla procedura semplificata. La Corte l'ha confermata sulla base del fatto che tutti i requisiti dell'applicazione dell'articolo 48(6) erano soddisfatti. In particolare, la revisione del Trattato riguardava unicamente disposizioni della parte terza del Trattato, in quanto il meccanismo di stabilità non rileva ai fini della politica monetaria (le cui disposizioni sono collocate in altra parte), bensì della politica economica:

«*[56] Per quanto riguarda, da un lato, l'obiettivo perseguito da detto mec-*

[39] Cosa che peraltro non lo ha risparmiato dal sindacato costituzionale tedesco, risoltosi però positivamente nel settembre 2012.

[40] Cfr., per due approcci diversi alla problematica: B. DE WITTE, *The European Treaty Amendment for the Creation of a Financial Stability Mechanism*, Sieps European Policy Analysis, June 2011 e L. GIANNITI, *Il meccanismo di stabilità e la revisione semplificata del Trattato di Lisbona: un'ipoteca tedesca sul processo di integrazione?*, Documenti IAI 11/02, febbraio 2011.

[41] *Thomas Pringle v. The Government of Ireland*, caso C-370/12, sentenza del 27 novembre 2012, non ancora pubblicata.

canismo, che è di salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo complesso, esso si distingue chiaramente dall'obiettivo di mantenere la stabilità dei prezzi, che costituisce l'obiettivo principale della politica monetaria dell'Unione. Infatti, anche se la stabilità della zona euro può avere ripercussioni sulla stabilità della moneta utilizzata in tale zona, una misura di politica economica non può essere equiparata ad una misura di politica monetaria per il solo fatto che essa può avere effetti indiretti sulla stabilità dell'euro»

I limiti di questo scritto non permettono di soffermarsi in dettaglio sulle considerazioni della Corte quanto a confini tra politica monetaria e politica economica, che per alcuni aspetti risultano discutibili. Merita tuttavia per lo meno notare che l'FMI svolge funzioni di assistenza finanziaria con strumenti analoghi a quelli stabiliti dal MES, sull'assunto che gli interventi di sostegno, che pur hanno differenti obiettivi specifici, nell'insieme garantiscono congiuntamente la stabilità finanziaria e gli effetti di *spill over* su altre economie.[42] Peraltro, è ugualmente interessante notare che la Corte prosegue affermando che il MES non incide nemmeno sulle competenze dell'Unione di coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, nonostante i rigidi obblighi di condizionalità cui il MES vincola le proprie attività di finanziamento.

In secondo luogo, gli Stati membri hanno adottato un nuovo patto di bilancio e rafforzato il coordinamento delle politiche economiche, ancora una volta attraverso un accordo internazionale: il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria (TSCG, anche noto come "*Fiscal Compact*"), firmato il 2 marzo 2012 da tutti gli Stati membri con l'eccezione di Gran Bretagna e Repubblica Ceca ed entrato in vigore il 1° gennaio 2013, che come noto prevede il principio dell'equilibrio di bilancio quale obbligo di rango costituzionale per i paesi dell'area euro, nonché l'obbligo di non superare alcune soglie di deficit strutturale. Il MES è stato concepito come complementare al TSCG: la concessione dell'assistenza finanziaria nell'ambito del MES è subordinata alla ratifica del TSCG da parte dello Stato beneficiario nonché, come già ricordato, ad altre, rigide condizioni determinate con decisione del Consiglio.

Infine, i compiti di gestione delle forme di finanziamento del MES prevedono anche l'attivo coinvolgimento di Commissione e BCE; la Corte, da parte sua, è organo di ultima istanza per le controversie interne decise dal *Board of Directors* (art. 37 del MES), inoltre, il considerando (16) del trattato istitutivo la dichiara competente, conformemente

[42] Per i diversi strumenti del Fondo, cfr. G. ADINOLFI, *Poteri e interventi del Fondo Monetario Internazionale*, Padova 2012.

all'Articolo 273 TFUE, a conoscere di qualsiasi controversia tra le parti contraenti o tra queste e il MES in connessione con l'interpretazione e applicazione del trattato MES.

Un quadro, si comprende, particolarmente complesso, che contempla rapporti di natura intergovernativa ed insieme un ruolo diretto delle istituzioni dell'Unione, in qualche modo riflettendo l'insita ed insuperabile connessione tra politiche monetarie e politiche economiche nella garanzia della stabilità.

D'altro canto, il MES è anche strettamente collegato al FMI: il trattato istitutivo prevede stretta collaborazione tra le due istituzioni nel fornire un sostegno alla stabilità e la partecipazione attiva del FMI è prevista sia a livello tecnico che finanziario. Per esplicita scelta normativa, lo Stato che richieda assistenza finanziaria dal MES dovrebbe richiederla, ove possibile, anche al Fondo. Inoltre, le condizioni di concessione del finanziamento così come lo *status* di creditore privilegiato rispecchiano la disciplina del Fondo.

I rapporti di cooperazione internazionale del MES sono regolati dall'Articolo 38 del trattato istitutivo:

«*Ai fini del perseguimento dei suoi obiettivi il MES è autorizzato a cooperare, nell'ambito del presente trattato, con il FMI, con qualsiasi paese che fornisca assistenza finanziaria a un membro del MES su base ad hoc e con qualsiasi organizzazione o entità internazionale dotata di competenze specialistiche in settori correlati*».

Nonostante il menzionato coinvolgimento della Commissione e della BCE nella gestione delle attività (strumenti) dell'istituzione, gli organi di direzione del MES sono però composti da rappresentanti degli Stati. Nell'agire a livello internazionale, l'area euro si muove dunque congiuntamente tramite il MES, ma per mezzo di organi ed istituzioni che ne fotografano l'articolazione delle funzioni e degli obiettivi. Una voce unica, dunque, ma che è sintesi di compositi interessi ed articolazioni, in linea con ciò che avviene a livello internazionale.

3.3. Comitato Europeo per il Rischio Sistemico e Financial Stability Board

Nel 1999 il G7 aveva infine costituito il *Financial Stability Forum* (FSF), con il compito di controllo del rischio di instabilità dei mercati finanziari. A tale Forum partecipavano non solo rappresentanti dei governi e delle banche centrali, ma anche rappresentanti delle autorità di

vigilanza dei mercati finanziari. Si trattava dunque di un consesso dalle caratteristiche più tecniche, cui l'Unione partecipava ancora tramite la BCE (mentre la Commissione non aveva alcun ruolo). Il FSF nel 2009 è stato trasformato in *Financial Stability Board* (FSB), a seguito delle conclusioni raggiunte dal G20 al Vertice di Londra dell'aprile di quell'anno: il suo ruolo è stato enormemente rafforzato, fino a farlo divenire nella sostanza la cabina di regia delle attività delle IFIs e il garante principale della stabilità finanziaria. Il FSB ha uno Statuto ed una struttura ben più formalizzata, benché esso non possa assolutamente essere definito una organizzazione internazionale. Vi partecipano individualmente Germania, Spagna, Francia, Italia, Olanda e Regno unito, nonché la Commissione europea e la BCE. Questa istituzionalizzazione delle attività di garanzia della stabilità finanziaria ha in verità molto cambiato i rapporti di collaborazione, accentuandone anche la variabilità a seconda delle tematiche e degli obiettivi. In questa più fluida ma anche più articolata struttura di collaborazione, si inserisce il Comitato europeo per il rischio sistemico.

Il Comitato europeo per il rischio sistemico (CERS) è un ente (agenzia) dell'Unione europea responsabile per la vigilanza macroprudenziale del sistema finanziario dell'Unione costituita a novembre 2010[43] ed il cui segretariato è gestito dalla BCE[44]. Il presidente ed il vice presidente della BCE sono inoltre membri del Consiglio Generale. A differenza delle altre autorità europee che sono state quasi simultaneamente create per la supervisione dei settori bancario, assicurativo e finanziario, che svolgono le funzioni tipicamente proprie della vigilanza prudenziale, il Comitato ha l'obiettivo di assicurare la stabilità finanziaria e di prevenire o mitigare il rischio sistemico che può originare dall'interno del sistema finanziario europeo. Per raggiungere tale obiettivo, esso svolge in particolare le seguenti funzioni: identificare i potenziali rischi a rilevanza sistemica; comunicare, pubblicamente se necessario, i rischi che sono considerati rilevanti; emanare raccomandazioni, anche pubbliche se necessario, affinché siano prese misure correttive in risposta ai rischi segnalati; coordinare le sue azioni con quelle delle organizzazioni internazionali, in particolare il Fondo, il FSB e tutte le autorità appartenenti a paesi terzi coinvolte nella sorveglianza e nell'analisi macroprudenziale.

[43] Regolamento (UE) n. 1092/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010 *relativo alla vigilanza macroprudenziale del sistema finanziario nell'Unione europea e che istituisce il Comitato europeo per il rischio sistemico*, GU L 331 del 15 dicembre 2010, p. 1.

[44] Regolamento (UE) n. 1096/2010 del Consiglio del 17 novembre 2010 *che conferisce alla Banca centrale europea compiti specifici riguardanti il funzionamento del Comitato europeo per il rischio sistemico*, GU L 331 del 15 dicembre 2010, p. 162.

Poiché le attività del CERS rientrano nelle competenze concorrenti, esso si occupa del coordinamento e della direzione delle attività delle autorità nazionali di macro-vigilanza[45]. Quando quindi poi si passa alla cooperazione internazionale, soprattutto in seno al FSB, sia gli Stati membri sia l'Unione (BCE e Commissione) hanno il diritto di prender parte alle discussioni. È impensabile tuttavia che le attività di macro-supervisione siano realizzabili a compartimenti stagni, e che le crisi sovrane possano essere sempre chirurgicamente separate da quelle del settore bancario o finanziario. Inoltre, è chiaro come qui si sovrapponga un nuovo schema di cooperazione, che vede direttamente coinvolta la BCE (anche se in funzione di segretariato del CERS, non in prima persona), o comunque un'agenzia dell'Unione. Ancora una volta non può essere semplicemente la corrispondenza tra competenze interne e competenze esterne a risolvere la problematica della rappresentanza dell'UE in seno agli organi internazionali rilevanti, bensì gli obiettivi che ciascun ente o agenzia è deputata a svolgere nel contesto – che riguarda la (*multi-tier*) *governance* economica internazionale – della garanzia della stabilità finanziaria e del controllo dei fenomeni a rilevanza sistemica.

4. Brevi considerazioni di sintesi

Il tema del ruolo dell'Unione europea in seno alle organizzazioni finanziarie internazionali resta tra i più controversi. Ciò alla luce sia del diritto della UE sia del diritto internazionale. Le più recenti riforme, sia in seno all'Unione sia a livello internazionale per reagire alla crisi economico-finanziaria, paiono tuttavia offrire alcuni nuovi elementi che incidono sul quadro istituzionale, così come sulla prassi. Essi sono lontani dal disegnare scenari definitivamente nuovi e dal fornire quella sistemazione della materia che richiederebbe almeno in parte riforme normative; tuttavia, essi rappresentano sicuramente un passo in avanti verso una nuova lettura del ruolo dell'EMU e dell'UE nel contesto internazionale. Non solo l'Unione monetaria deve essere rappresentata e considerata oggi in modo unitario a causa del ruolo dell'euro nel contesto internazionale (cioè indipendentemente dall'attribuzione di competenze interne, ma appunto per il suo ruolo nella *governance* economica internazionale), ma la stabilità finanziaria richiede che Stati membri e istituzioni dell'Unione svolgano ciascuno le proprie competenze in modo articolato e congiunto,

[45] CESR, Raccomandazione del 22 dicembre 2011 *relativa al mandato macroprudenziale delle autorità nazionali*, GU C 41 del 14 febbraio 2012, p. 1.

a rappresentare quell'*unicum* che l'ordinamento internazionale percepisce – almeno parzialmente – come tale. Si tratta di una visione evolutiva del ruolo dell'EMU e dell'Unione che tuttavia si basa *in primis* sugli assetti di *governance* internazionali, che influenzano anche gli strumenti di gestione interni all'Unione, e non viceversa, come in gran parte si è finora letta la materia.

LA BANCA CENTRALE EUROPEA VENT'ANNI DOPO: NUOVE FUNZIONI, NUOVI POTERI

Chiara ZILIOLI·

SOMMARIO: 1. La funzione principale della BCE: la definizione e l'attuazione della politica monetaria dell'area dell'euro. – 2. Il ruolo limitato della BCE nel contribuire alla stabilità finanziaria. – 3. Il nuovo ruolo assegnato alla BCE nel quadro del patto di stabilità e delle missioni di sorveglianza. – 4. In conclusione: bilancio dei primi 14 anni della BCE.

Vent'anni fa a Maastricht veniva firmato il trattato che introduceva l'esperimento di integrazione più avanzata della (allora) Comunità europea: l'unione monetaria. Pur in assenza dell'unione politica, gli Stati decidevano di trasferire un importante elemento della loro sovranità al livello sovranazionale, ad un nuovo organo, la Banca Centrale europea. Vent'anni fa la "valuta comune" si chiamava 'Ecu' e gli Stati membri erano dodici (importante ricordarlo, perchè la governance della BCE era stata pensata per un rapporto di 1 a 2 tra i membri nominati a livello europeo e quelli nominati a livello nazionale – oggi il rapporto è 1 a 3). Veniva deciso che una fase preparatoria sarebbe stata necessaria: per gli Stati, che dovevano seguire il "processo di convergenza", e per la Comunità, attraverso l'istituzione di un organismo temporaneo, l'Istituto Monetario Europeo. La Banca centrale sarebbe stata istituita al più tardi il 1 giugno 1998. La BCE compirà dunque domani 14 anni.

La natura della BCE e la posizione nella struttura istituzionale della Comunità furono da subito oggetto di dibattito. Il fatto che le disposizioni sull'Unione monetaria erano state introdotte nel trattato "in blocco", così che disposizioni instituzionali, disposizioni attributive di competenze materiali, disposizioni procedurali e norme transitorie si trovavano tutte insieme nel trattato, come il "tuolo nell'uovo" in un modo un po' "autarchico", non aiutava a chiarire la natura della BCE. La marcata indipendenza dalle istituzioni

· Deputy Director General Legal Services, European Central Bank.

nazionali e comunitarie conferita alla BCE dal trattato, certe caratteristiche che la differenziano dalle istituzioni comunitarie (la personalità giuridica propria, un proprio bilancio, separato e non finanziato dalla Comunità, condizioni di impiego del personale autonome) e riconoscimenti diretti a livello internazionale ("osservatore" al IMF, status di organizzazione internazionale riconosciuto dagli USA indipendentemente da quello riconosciuto alla UE) portavano la dottrina a definire la BCE in vari modi ("istituzione sui generis", "organizzazione specializzata di diritto comunitario", "organo della Comunità") e ponevano la questione, in quale misura la BCE sia diversa dalle banche centrali nazionali tradizionali. Ramon Torrent sostenne animatamente nella Common Market Law Review che la BCE non è niente altro e niente di più di una banca centrale. A mio parere invece le particolarità della BCE sono tali che é un po' semplicistico ridurla ad una banca centrale "normale".

La Corte di giustizia, prendendo posizione nel caso OLAF C-11/00, che verteva sui limiti dell'indipendenza della BCE e in fondo sulla ripartizione di competenze tra la Commissione e la BCE, chiarì che la BCE rientra chiaramente nella struttura istituzionale comunitaria. La Corte non si pronunciò invece sulla questione se la BCE fosse o meno una istituzione comunitaria, lasciando al legislatore il compito di chiarire nel trattato, ma fece intendere che fosse una istituzione, seppure con caratteristiche "speciali".

Nel trattato di Lisbona (e già nella Costituzione europea) le norme sull'unione monetaria furono riorganizzate all'interno del trattato. Lo status della BCE come istituzione dell'Unione europea viene ora sancito all'articolo 13 del TUE. Le specificità rispetto alle altre istituzioni dell'Unione vengono mantenute: "La Banca centrale europea ha personalità giuridica. Ha il diritto esclusivo di autorizzare l'emissione dell'euro. È indipendente nell'esercizio dei suoi poteri e nella gestione delle sue finanze. Le istituzioni, organi e organismi dell'Unione e i governi degli Stati membri rispettano tale indipendenza." (art. 282 par. 3).

Il riconoscimento dello status di istituzione alla BCE sembra confermare che la BCE non è SOLO una banca centrale. Il ruolo svolto negli ultimi anni per contribuire a risolvere la crisi finanziaria e incitare gli Stati a prendere le misure necessarie sembra andare al di là di quello che è il ruolo tipico delle banche centrali. In effetti il trattato attribuisce alla BCE un ruolo rilevante, a fianco delle altre istituzioni, per il raggiungimento degli obiettivi del trattato, purché essa assicuri in primo luogo la stabilità dei prezzi dell'area dell'euro. Anche alcune pronunce giurisdizionali recenti hanno confermato che la BCE non è andata oltre le competenze che le erano state conferite. L'assenza di un "ministro Europeo

per l'economia" e l'esigenza di relazionarsi con molti governi, responsabili di diverse politiche economiche e fiscali, oltre al fatto di aver ricevuto durante la crisi finanziaria il mandato di partecipare alle missioni di sorveglianza europee in una funzione tecnica che può ricordare quella del Fondo monetario internazionale, rendono la situazione più complessa e la natura e le funzioni della BCE non limitate a quelle tipiche di una banca centrale nazionale.

Non c'è dubbio comunque che la BCE sia innanzitutto una banca centrale. Quindi vorrei iniziare l'esame dell'evoluzione di questi anni partendo da quelle che sono le funzioni chiave della BCE, attribuitele dal trattato.

In particolare, vorrei analizzare tre aspetti:

1. Il modo in cui la BCE ha svolto le sue funzioni nella definizione e attuazione della politica monetaria sulla base dei poteri attribuiti negli articoli del trattato, ricorrendo anche a strumenti "non ortodossi" di politica monetaria ma restando nell'ambito delle competenze conferitele dalle norme vigenti.
2. La mancanza nelle norme del trattato di una funzione di vigilanza macroprudenziale e la delimitazione territoriale della vigilanza microprudenziale, che rimane fino ad oggi una competenza nazionale, e il ruolo della BCE dopo la crisi finanziaria e in un mercato globale.
3. Brevemente, il nuovo ruolo assegnato alla BCE nelle missioni di sorveglianza legate ai programmi europei di assistenza finanziaria a Stati dell'area euro in difficoltà.

1. La funzione principale della BCE: la definizione e l'attuazione della politica monetaria dell'area dell'euro

Le funzioni della BCE sono riassunte negli articoli 127 e 128 TFUE. Tra queste, la funzione principale dlla BCE, come quella di ogni banca centrale, è definire e attuare la politica monetaria dell'Unione, nel rispetto dell'obiettivo principale del mantenimento della stabilità dei prezzi.

In base all'articolo 127 TFEU, l'obiettivo principale della BCE e dell'Eurosistema (il Sistema di banche centrali dell'euro, governato dalla BCE e costituito dalle banche centrali nazionali degli Stati della UE che hanno adottato l'euro), è il mantenimento della stabilità dei prezzi. Fatto salvo l'obiettivo della stabilità dei prezzi, l'Eurosistema sostiene le politiche economiche generali nell'Unione al fine di contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione definiti nell'articolo 3 del TFEU.

Perché il legislatore ha scelto proprio la stabilità dei prezzi come obiettivo principale della BCE? Perché nel medio termine è il fattore che

influenza di più, in modo positivo, la crescita economica e quindi il benessere dei cittadini.

Perché dare alla BCE un obiettivo prioritario? Per assicurare la possibilità di un controllo di responsabilità democratica: in presenza di obiettivi multipli, il controllo sul raggiungimento degli obiettivi è praticamente impossibile.

Nei primi 14 anni della BCE è stato mantenuto questo obiettivo? Si, meglio che nei 10 anni precedenti in Germania.

In concreto, cosa significa stabilità dei prezzi? Subito dopo essere stata istituita, la BCE volle (i) chiarire ulteriormente cosa si intenda tecnicamente per "prezzi stabili", e (ii) delineare una strategia per raggiungere e mantenere questo obiettivo.

La stabilità dei prezzi, da mantenere nel medio termine, fu dunque definita come "un aumento su base annua dell'indice armonizzato dei prezzi al consumo per l'area dell'euro; al di sotto, ma vicino, al 2%".

La strategia era fondata su due pilastri: monetario (individuazione di un valore di riferimento quantitativo per la crescita del M3) e economico (valutazione, basata su una ampia gamma di indicatori, delle prospettive di inflazione e dei rischi per la stabilità dei prezzi nell'area euro).

Se le decisioni sulla definizione della politica monetaria e la strategia sono un compito assegnato dal trattato agli organi decisionali della BCE, le operazioni per la attuazione della politica monetaria vengono condotte di regola dalle banche centrali nazionali (BCN). Il modo di funzionamento dell'Eurosistema si basa su due concetti: subordinazione gerarchica delle BCN alla BCE, e decentralizzazione, per quanto possibile ed opportuno, delle operazioni, che vengono svolte dalle BCN.

La subordinazione gerarchica delle BCN alla BCE è chiarita in vari articoli del trattato: l'Articolo 282 par 2 e 4 TFEU stabilisce che l'Eurosistema è diretto dagli organi decisionali della Banca centrale europea; l'Articolo 14.3 del Protocollo BCE prevede che le banche centrali nazionali agiscano secondo gli indirizzi e le istruzioni della BCE e che la BCE adotta; le misure necessarie per assicurare l'osservanza dei suoi atti giuridici (indirizzi e istruzioni) da parte delle BCN, richiedendo che gli venga fornita ogni necessaria informazione; l'Articolo 35.6 del Protocollo della BCE stabilisce che la BCE, se ritiene che una banca centrale nazionale non abbia adempiuto agli obblighi derivanti dai trattati, può formulare un parere motivato sulla questione e se la banca centrale nazionale in questione non si conforma al parere entro il termine fissato dalla BCE, quest'ultima può portare la BCN dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

La decentralizzazione delle operazioni è prevista all'Articolo 12.1

par 3 del Protocollo BCE, secondo il quale "per quanto possibile ed opportuno, fatto salvo il disposto del presente articolo, la BCE si avvale delle banche centrali nazionali per eseguire operazioni che rientrano nei compiti del SEBC".

Sulla base di questi due principi l'Eurosistema ha funzionato molto bene nei suoi primi 14 anni di vita: non era scontato che banche centrali con lunghe e diverse tradizioni potessero integrarsi in modo così efficiente e lavorare così armoniosamente insieme.

Cosa è successo alla politica monetaria dell'euro durante la crisi finanziaria?

Nella crisi, il collegamento tra l'azione della banca centrale e l'aggregato monetario è apparso insufficiente; fu necessario dunque sottoporre ad un esame analitico lo stesso modus operandi della politica monetaria.

Prima della crisi la BCE riusciva a mantenere i tassi a breve attorno al tasso di interesse medio (tra il tasso sui depositi – "pavimento" – e il tasso sulle operazioni di rifinanziamento marginale – "soffitto") intervenendo solo una volta alla settimana, a differenza della Bank of England e della Federal Reserve degli Stati Uniti che dovevano intervenire vari volte al giorno per regolare la liquidità. Questo era dovuto in buona parte all'obbligo per gli istituti di credito di mantenere la riserva, che funziona come un cuscinetto: dato che la riserva va mantenuta su base mensile, le banche possono utilizzare questi fondi se ne hanno bisogno, purché riequilibrino poi la situazione compensando con più fondi successivamente.

Con la crisi questo non funzionava più. Il "meccanismo di trasmissione" della politica monetaria si era interrotto.

Come ha utilizzato dunque la BCE i suoi poteri per affrontare la crisi? Prendendo una serie di misure innovative:

- Rapido abbassamento dei tassi di interesse: tra la fine del 2008 e la primavera del 2009 il corridoio dei tassi di interesse è stato abbassato da 5.25-3.25 a 1.75-0.25
- Introduzione di asta a tasso fisso e quantità illimitata: le banche hanno ottenuto tutta la liquidità di cui ritenevano di avere bisogno. L'offerta di liquidità da immettere sul mercato è stata fatta dipendere dalla domanda.
- Diminuzione dell'obbligo di mantenere la riserva a 1%: questo ha liberato liquidità.
- Allargamento delle attività stanziabili a garanzia dei prestiti dell'eurosistema (articolo 18.1, secondo trattino Statuto: la BCE può "effettuare operazioni di credito con istituti creditizi ed altri operatori di

mercato, erogando i prestiti sulla base di adeguate garanzie"). Normalmente la BCE accetta una grande quantità e varietà di garanzie. Tuttavia durante la crisi, in alcuni sistemi bancari più colpiti, gli istituti di credito hanno avuto difficoltà a reperire sufficienti garanzie per ottenere la liquidità di cui avevano bisogno. Altre garanzie sono state dunque dichiarate stanziabili, ma con un aumento del valore richiesto per un certo ammontare di rifinanziamento (cosiddetto "haircut"). Inoltre sono stati ammessi i cosiddetti "crediti aggiuntivi" che vengono accettati a livello nazionale come attività stanziabili: questo è uno sviluppo centrifugo che sarebbe preoccupante se non fosse chiaro che è determinato dall'emergenza e che la percentuale di queste garanzie è comunque estremamente limitata. Lo stesso dicasi della facoltà delle BCN di non accettare obbligazioni bancarie idonee (in base alla General Documentation) garantite da uno stato membro sottoposto a programma, informando il Governing Council. Resta comunque un rischio di frammentazione della politica monetaria; per questo è importante continuare a sottolineare la temporaneità e la necessità di queste misure.

- Un problema delicato è stato come risolvere la questione dei titoli di Stato che sono al di sotto del rating richiesto nella General Documentation. Qui si apre la questione del ruolo e funzione delle agenzie di rating per titoli del debito pubblico, che non è possibile sviscerare in questa sede. In ogni caso, quando la BCE ha ritenuto, in base alle dettagliate informazioni in suo possesso, di non concordare con il rating assegnato ad un certo governo dalle agenzie, ha adottato deroghe che le consentissero di continuare ad accettare quei titoli come attività stanziabili.
- Introduzione di operazioni di rifinanziamento a durata eccezionalmente lunga (oltre i tre mesi): nel giugno 2009 con la durata di 1 anno (400 miliardi di euro) e per 3 anni recentemente (mille miliardi di euro).
- Introduzione di operazioni di rifinanziamento in valute diverse dall'euro (ad esempio, dollari, grazie all'apertura di una linea di credito illimitata alla BCE dalla Federal Reserve Bank). Anche quest'ultima è una misura eccezionale: la provvista di liquidità nella propria valuta alle banche è l'attività più gelosamente custodita dalle banche centrali.

Queste due ultime misure – operazioni di rifinanziamento a durata eccezionalmente lunga e provvista di liquidità in altre valute – possono essere definite come un "prestito di ultima istanza sistemico": le banche centrali si sono affiancate agli intermediari finanziari privati per svolgere quella attività di intermediazione che, per il venir meno della fiducia tra di loro, essi non riuscivano più a svolgere. Aumentare il bilancio del-

la banca centrale è stato lo strumento utilizzato per impartire un impulso al mercato e trasmettere il vantaggio di tassi di interesse molto bassi direttamente a operatori e mercati, cosa che non succedeva più naturalmente. Aprirsi a più mercati e offrire scadenze più diversificate ha seguito un po' la logica del prestatore di ultima istanza.

- La misura più controversa è stata il programma acquisto titoli di Stato sul mercato secondario. La base giuridica di queste misure è stata contestata soprattutto in Germania ma anche alla Corte di Giustizia. La BCE ha chiarito che l'obiettivo di queste misure è eliminare le distorsioni e i difetti di trasmissione della politica monetaria.

In conclusione, tutte queste misure non ortodosse, e innovative, di politica monetaria sono state adottate sulla base di norme esistenti. Il trattato è stato sufficientemente flessibile per permettere alla BCE di adottare un nuovo approccio in vari settori per far fronte all'emergenza, pur restando nelle competenze che le erano attribuite.

2. Il ruolo limitato della BCE nel contribuire alla stabilità finanziaria

Al momento della redazione del trattato di Maastricht, non ci fu accordo sulla questione se attribuire o meno alla BCE, oltre alle competenze di politica monetaria, competenze in materia di vigilanza. Due scuole di pensiero si contrapponevano: gli uni consideravano che solo una banca centrale che avesse anche (come la maggior parte delle banche centrali nazionali) responsabilità in materia prudenziale avrebbe potuto in modo ottimale, con piena e dettagliata conoscenza della stabilità delle sue controparti, gestire la politica monetaria evitando crisi sistemiche; gli altri ritenevano necessario separare il mandato di assicurare la stabilità dei prezzi da quello di sorvegliare istituti di credito, per evitare conflitti di interessi e compromessi che avrebbero potuto mettere in pericolo il raggiungimento dell'obiettivo principale. La soluzione fu redigere quello che oggi è l'articolo 127.6 TFUE, in base al quale il Consiglio dell'Unione può, all'unanimità, conferire compiti specifici concernenti la vigilanza alla BCE, senza bisogno di ulteriori modifiche del trattato. Va segnalato che si pensava all'epoca solo alla vigilanza micro-prudenziale, che riguarda il controllo sulla solidità di uno specifico istituto di credito; non si pensava ancora alla vigilanza macro-prudenziale, un concetto che è emerso più tardi, cioè il controllo della stabilità non di un istituto ma dell'intero sistema, avendo riguardo ai vari settori finanziari (bancario, dei titoli e assicurativo) e al di lá dei confini nazionali. Della necessità

della vigilanza macro-prudenziale ci si è resi conto durante la crisi, quando si è istituito a questo scopo il Comitato europeo per il rischio sistemico. L'articolo 127.6 avrebbe permesso di attribuire questa funzione alla BCE, e questa era in fondo stata l'idea del rapporto de Larosière. Forse è mancato il coraggio politico, in ogni caso si è preferito creare un comitato separato, senza personalità giuridica, senza la capacità (che la BCE avrebbe avuto) di adottare atti giuridici vincolanti, con compiti di monitoraggio del rischio sistemico e di raccomandazione alle autorità competenti. Si decise tuttavia i richiedere alla BCE di fornire un contributo sostanziale ai lavori del Comitato per il rischio sistemico: essa non solo ne ospita le riunioni e gli fornisce il segretariato, ma prepara le analisi su cui le discussioni si baseranno e raccoglie i dati necessari per fornire le raccomandazioni. Dopo più di un anno c'è tuttavia chi si chiede se non sarebbe stato meglio affidare questi compiti alla BCE direttamente; l'efficacia delle misure potenzialmente adottate sarebbe sicuramente stata maggiore.

Se la BCE non si è vista attribuire dal trattato di Maastricht funzioni proprie nel settore della vigilanza, il paragrafo 5 dello stesso articolo 127 TFEU dà però mandato alla BCE di contribuire ad una buona conduzione delle politiche perseguite dalle competenti autorità per quanto riguarda la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e la stabilità del sistema finanziario. Durante la crisi la BCE, richiamandosi anche a questo obiettivo secondario, si è adoperata per sostenere gli sforzi delle altre autorità competenti a mantenere la stabilità del sistema finanziario europeo (e mondiale).

La crisi ha tuttavia mostrato in modo evidente che la situazione attuale, in cui la vigilanza micro-prudenziale continua ad essere esercitata a livello nazionale, mentre gli istituti di credito sono quasi tutti transnazionali, non è soddisfacente: una visione nazionale e frammentata dei supervisori non può essere sufficiente a comprendere istituti multinazionali e i rischi che essi pongono e non può essere all'altezza dei bisogni di un sistema finanziario complesso come quello odierno. Si ritiene che uno dei motivi principali per cui la crisi finanziaria ha colpito l'Europa in modo così forte sia l'insufficienza del sistema (dei sistemi) di vigilanza: i supervisori non sono stati in grado di rendersi conto, prevenire, e poi rimediare in modo efficace e coordinato alle difficoltà di alcuni istituti di credito, i quali poi hanno creato problemi anche per altri, con un effetto sistemico. Da varie parti viene auspicata dunque la creazione di un sistema di vigilanza europeo, a cui la BCE potrebbe utilmente contribuire.

3. Il nuovo ruolo assegnato alla BCE nel quadro del patto di stabilità e delle missioni di sorveglianza

Per concludere, vorrei accennare brevemente al nuovo ruolo assegnato alla BCE dai nuovi atti giuridici: "six pack", "two pack" "trattato di stabilità".

Come è noto, a seguito della crisi finanziaria si è sviluppata in Europa una crisi del debito sovrano. La dicotomia tra la politica monetaria unica, competenza esclusiva dell'unione, e le politiche economiche nazionali, aggravato dal fatto che le regole del trattato sulla disciplina di bilancio non erano state rispettate da alcuni Stati, hanno reso necessario un rafforzamento di queste ultime norme, da un lato, e un "salvataggio" di alcuni Stati per mantenere il valore della moneta comune, attraverso Programmi stabiliti dalla UE e dal FMI, dall'altro.

Varie procedure sono state introdotte in questo contesto, nelle quali alla BCE è stato assegnato il ruolo di fornire il supporto tecnico alle autorità politiche che adottano e controllano i Programmi, partecipando alla cosiddetta "Troika".

Vorrei sottolineare qui che il ruolo della BCE è fornire supporto tecnico, non stabilire condizioni per i programmi – vorrei sottolinearlo perché questo non è chiaro né alla stampa né all'opinione pubblica. La BCE non può fare prestiti agli Stati: il trattato lo vieta. La BCE non può prendersi la responsabilità della decisione (della UE) se concedere un prestito a uno Stato, o meno: questa decisione impegna denaro pubblico (dell'Unione o degli Stati) e deve perciò essere presa dai rappresentanti dei cittadini, democraticamente eletti. D'altro lato, la BCE non può essere obbligata ad assumere funzioni in questo contesto: in base al Trattato non può ricevere istruzioni dalle istituzioni o dagli Stati, che violerebbero la sua indipendenza. La BCE ha tuttavia l'obbligo di cooperare lealmente con le altre istituzioni al raggiungimento degli obiettivi del trattato.

Per questi motivi, tutta la normativa in materia assegna responsabilità alla Commissione, chiedendole però di agire "in liaison" con la BCE: questa formulazione coinvolge la BCE nel processo, é vero, sempre però in un ruolo di consigliere tecnico, lasciandole la sua indipendenza e lasciando alla Commissione e agli Stati la responsabilità per le proprie azioni. La questione che si pone è se questo compito segni uno sviluppo del ruolo della BCE, che assume ora nuove funzioni che non competono tradizionalmente a una banca centrale ma piuttosto ad organizzazioni come il FMI o la BERS o la BEI; oppure se si tratti solo di un temporaneo ampliamento delle funzioni, dovuto alla necessità di fornire supporto

alle azioni dell'Unione e degli Stati, nuove funzioni che verranno interrotte appena possibile. Una base giuridica per queste funzioni non è evidente.

4. In conclusione: bilancio dei primi 14 anni della BCE

Il bilancio dei primi 14 anni della BCE è senza dubbio positivo.

Innanzitutto, non bisogna dimenticare che la crisi degli ultimi 4 anni non elimina i benefici portati dall'introduzione dell'euro all'Europa nei dieci anni precedenti.

Le nuove norme del trattato di Maastricht hanno dimostrato di avere la necessaria flessibilità; le procedure decisionali e le normative sono state efficaci.

La questione aperta riguarda la politica fiscale, che si è dimostrata troppo lassista. Sono state fatte modifiche, forse un po' troppo timide; cambiamenti ulteriori si incrociano con questioni di accettabilità politica e di responsabilità democratica e richiedono un salto qualitativo, verso una Unione più rafforzata. In ogni caso, questo riguarda la politica economica degli Stati e non i compiti di una banca centrale.

Nonostante questi successi, vi sono tuttavia alcuni sintomi preoccupanti. Non mi riferisco alla situazione finanziaria e alla crisi del debito sovrano, pur piuttosto serie, ma della conseguente frammentazione dell'Unione, che può avere conseguenze gravissime. La mancanza di lungimiranza (Tommaso Padoa Schioppa parlava della "veduta corta") e la frammentazione del mercato finanziario con le gravi conseguenze economiche che ciò comporta (compresa la difficoltà di far funzionare la politica monetaria) rischiano di mettere in pericolo tutto il processo di integrazione dell'Unione europea.

Non è la prima volta che l'Unione Europea incontra una fase difficile.

Occorre ritrovare la visione che ci unisce, e fare il salto qualitativo necessario per entrare nel futuro.

LA SOVRANITÀ ECONOMICA TRA MECCANISMI ISTITUZIONALI DI CONTROLLO E AGENZIE PRIVATE

Giovanna ADINOLFI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Politiche legislative e assetto dei mercati nell'attuale processo di finanziarizzazione delle economie nazionali. – 3. Uso regolamentare dei rating e limiti alla sovranità economica degli Stati. – 4. Il «vicious circle between banks and sovereigns» quale causa di instabilità dei mercati finanziari. – 5. L'uso regolamentare dei rating nelle proposte normative post-crisi. – 6. Sovranità economica e partecipazione alle istituzioni finanziarie internazionali in situazioni di crisi. – 7. Limitazioni alla sovranità economica e clausole di condizionalità del FMI: rilievi giuridici e sostanziali. – 8. Conclusioni.

1. Introduzione

Il dibattito scientifico ha dedicato grande attenzione ai limiti all'esercizio dei poteri sovrani che derivano, su un piano materiale, dalla forte integrazione dei mercati finanziari e, su un piano giuridico, dalla partecipazione degli Stati alle organizzazioni economiche internazionali. Quanto al primo profilo, vasta e articolata è l'analisi sul contenuto dell'autorità dello Stato alla luce del processo di globalizzazione e progressiva finanziarizzazione delle economie nazionali[1]. A tale riguardo, non mancano autori per i quali il funzionamento dei meccanismi di mercato pone dei forti vincoli all'autonomia degli Stati nel disegnare l'assetto delle relazioni economiche entro i confini

* Professore associato di Diritto internazionale presso l'Università degli Studi di Milano.

[1] L'espressione è impiegata per indicare l'evoluzione delle economie nazionali di alcuni Paesi industrializzati, il cui settore finanziario ha conosciuto negli ultimi decenni uno sviluppo ben più significativo, in termini di ricchezza prodotta, di quello che ha invece interessato l'economia reale. Le transazioni finanziarie non sempre accompagnano gli scambi reali di beni e servizi, anzi hanno assunto un valore esponenziale rispetto a questi ultimi, al punto che, secondo alcune stime, su scala globale, nel 2007 le transazioni di strumenti finanziari ammontavano a più di tre volte il valore del PIL mondiale: v. *McKinsey Global Institute, Global capital markets: Entering a new era*, September 2009, p. 8.

nazionali e verso l'estero. Le decisioni di politica economica, si sostiene, sono divenute sempre più "reattive" rispetto agli andamenti di mercato, perché mirate a correggerne le distorsioni[2] o a modificare le aspettative che lì si determinano[3]. Al contempo, dalla seconda metà del secolo scorso gli studi di diritto internazionale dell'economia hanno approfondito l'analisi dei condizionamenti all'esercizio della sovranità che discendono dalla partecipazione degli Stati alle organizzazioni economiche internazionali, in ragione del necessario adattamento degli ordinamenti interni vuoi agli accordi istitutivi di queste organizzazioni, vuoi a norme internazionali poste da fonti di terzo grado, le quali in misura sempre più incisiva contribuiscono a configurare la struttura dei mercati.

Gli avvenimenti degli ultimi anni inducono a proseguire in questa riflessione, in ragione delle cause e delle dimensioni complessive della crisi dell'economia mondiale scoppiata nell'estate del 2007. In particolare, il crollo di un settore circoscritto del mercato statunitense, quello dei mutui c.d. *sub-prime* (ovvero accordati a soggetti con una scarsa capacità di adempiere alle obbligazioni di pagamento assunte), si è trasformato in una crisi finanziaria che ha coinvolto talune delle principali potenze mondiali e Paesi ad economia emergente, e a catena in una crisi dell'economia reale (sperimentata anche da taluni Paesi in via di sviluppo) e del debito sovrano. Quest'ultima, in particolare, è stata determinata dall'impossibilità, per alcuni Stati che aderiscono all'unione economia e monetaria dell'Unione europea (UE), di accedere ai mercati internazionali dei capitali per la copertura della spesa pubblica. Le misure di austerità adottate per farvi fronte hanno aggravato la fase recessiva dell'economia reale e i suoi già evidenti costi sociali, attraverso una contrazione nei livelli di produzione e consumi ulteriore rispetto a quella che già gravava su questi Paesi dal 2007, se non dagli anni precedenti a causa delle debolezze strutturali delle rispettive economie nazionali

L'estrema sintesi con la quale sono state richiamate queste vicende consente di porre in evidenza, seppur in modo didascalico, il carattere sistemico della crisi attuale (la quale coinvolge non solo singoli sistemi

[2] V. le osservazioni di S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Bari, 2002: «se prima l'economia doveva tenere conto dello Stato, ora è lo Stato che deve tener conto dell'economia … gran parte della politica economica dei governi nazionali, da proattiva è divenuta reattiva. Se prima guidava l'economia, ora è seguace o adattiva: serve a correggere le tendenze dell'economia, il cui andamento complessivo sfugge ai governi nazionali» (p. 38 ss.). V. anche M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti della società transnazionale*, Bologna, 2000.

[3] V. *infra* nel testo.

economici, ma l'assetto complessivo delle relazioni economiche internazionali) e come ad aumentarne gli effetti recessivi abbiano contribuito taluni "canali" attraverso i quali l'instabilità in una fase iniziale di un settore circoscritto dei mercati finanziari ha poi investito l'economia reale di un largo numero di Paesi. Già osservati nel passato[4], dal 2007 questi meccanismi di trasmissione hanno operato tra Paesi i cui mercati finanziari sono fortemente integrati e nei quali si sperimenta una stretta interdipendenza tra operatori privati e tra questi ultimi e il settore pubblico. In questo contesto, anche le valutazioni proposte dalle agenzie di rating circa il merito di credito di specifici strumenti finanziari, enti creditizi o Stati hanno contribuito in misura incisiva a indebolire la capacità di soggetti già fortemente indebitati di accedere ai mercati dei capitali, e così di sostenere i programmati volumi di spesa e/o gli esborsi dovuti nei confronti di creditori[5].

Per quanto concerne gli Stati, le politiche di austerità messe in atto dal 2010 da alcuni Paesi membri dell'Unione europea sono state così

[4] V. ad esempio la ricostruzione di come la crisi del Messico del 1994 abbia investito negli anni successivi il sud-est asiatico, la Russia, il Brasile e l'Argentina, in T.A. CANOVA, *Banking and Financial Reform at the Crossroads of the Neoliberal Contagion*, in *Am. Univ. Int'l L. Rev.* 1999, p. 1571 ss., p. 1596 ss.; A.F. LOWENFELD, *International Economic Law*, 2nd ed., Oxford, 2008, p. 694 ss. V. anche R. GILPIN, *Economia politica globale. Le relazioni economiche internazionali nel XXI secolo*, trad. it., Milano, 2009, p. 272 ss.

[5] Come sottolineato con riferimento agli avvenimenti più recenti, «[c]redit rating agencies have played a key role in the origin of the current crisis … . [t]he downgrades of a number of structured credit products and market participants in 2007 has been a catalyst of the current crisis» (N.R. SY AMADOU, *The Systemic Regulation of Credit Rating Agencies and Rated Markets*, IMF Working Paper WP/09/129, Washington D.C., 2009, p. 3). Sulle agenzie di rating e le principali questioni giuridiche che derivano dalla loro attività v., oltre ai rif. di seguito indicati, G. FERRI, P. LACITIGNOLA, *Le agenzie di rating*, Bologna, 2009; L. PICARDI, *Il* rating *fra crisi e riforma dei mercati finanziari*, in *Riv. dir. civ.* 2009, p. 713 ss.; D.W. ARNER et al., *Regulating Credit Rating Agencies in Hong Kong: Lessons from the Global Financial Crisis*, in *Banking & Fin. LR* 2010, p. 361 ss.; A. CALIARI, *Assessing Global Regulatory Impact of the U.S. Subprime Mortgage Meltdown: International Banking Supervision and the Regulation of Credit Rating Agencies*, in *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* 2010, p. 145 ss.; L. PIANESI, *Le agenzie di* rating *tra privatizzazione di funzioni pubbliche e opinioni private «geneticamente modificate»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2011, p. 179 ss.; L. AMMANNATI, *Mercati finanziari, società di rating, autorità e organismi di certificazione*, in *Amministrazione in cammino* 2012, p. 1 ss.; F. CAPRIGLIONE, G. SEMERARO, *Crisi finanziaria e debiti sovrani. L'Unione europea tra rischi ed opportunità*, Torino, 2012, p. 58 ss.; P. GILA, M. MISCALI, *I signori del rating. Conflitti di interesse e relazioni pericolose delle tre agenzie più temute della finanza globale*, Torino, 2012. Per un'analisi dettagliata del mercato del rating e delle modifiche alla regolazione delle agenzie apportate negli USA e nell'Unione europea dopo lo scoppio della attuale crisi economico-finanziaria, v. anche i contributi pubblicati in *Analisi giuridica dell'economia* 2012, fascicolo n. 2.

dettate, oltre che dalla necessità di avviare o rafforzare la correzione di gravi deficit del bilancio pubblico o di una esposizione debitoria verso l'estero particolarmente elevata, anche dall'esigenza di incoraggiare una revisione delle stime sul merito di credito proposte nei loro riguardi dalle agenzie di rating. Precedenti valutazioni al ribasso (*downgrading*), in molti casi dovute proprio a un giudizio negativo sullo stato delle finanze pubbliche, avevano infatti determinato un aumento dei tassi di interesse sui titoli del debito pubblico collocati e scambiati sui mercati finanziari internazionali (misurato sinteticamente dal differenziale rispetto ai rendimenti sui titoli con pari scadenza emessi dal governo tedesco, c.d. *spread*) e così anche dell'onere del debito, destinato a gravare ulteriormente sui bilanci nazionali. Misure di consolidamento sono così apparse necessarie per una ripresa di fiducia sui mercati e il miglioramento delle condizioni di accesso ai capitali internazionali. In definitiva, come afferma la dottrina, «le agenzie transnazionali di *rating* … giudicano i titoli del debito pubblico emessi dagli Stati e condizionano la politica finanziaria di questi ultimi»[6].

Se alcuni Paesi, come l'Italia, hanno avviato autonomamente le accennate politiche per una maggiore sostenibilità della spesa, altri invece sono stati indotti a farlo per accedere al sostegno finanziario del Fondo monetario internazionale (FMI), coordinato, per gli Stati membri dell'area euro, con la Commissione europea e la Banca centrale europea (BCE). All'assistenza finanziaria è stata infatti applicata la politica di condizionalità del Fondo, recepita dall'UE. Il trasferimento di risorse valutarie, necessarie anche per l'adempimento delle obbligazioni assunte nei confronti dei creditori stranieri, è stato così subordinato all'adozione di programmi di aggiustamento macroeconomico e strutturale. Pur se adattati nei loro contenuti specifici alle caratteristiche di ciascuna economia nazionale, questi presentano alcuni elementi comuni, tra i quali, in linea di continuità con la tradizionale prassi del Fondo, il ricorso a drastiche misure di riduzione della spesa dello Stato e di aumento delle entrate fiscali.

In sintesi, nell'esercizio della propria sovranità economica e nel definire i contenuti delle politiche economiche nazionali è emerso come gli Stati siano condizionati, da una parte, dalle valutazioni espresse dalle agenzie di rating in merito al loro rischio di insolvenza, dall'altra (per alcuni Paesi in aggiunta) dalla partecipazione ai programmi di assistenza finanziaria del FMI e dell'UE. Questi sviluppi consentono di proseguire

[6] V. F. GALGANO, *Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto*, in *Politica del diritto* 2009, p. 177 ss., p. 180.

nella riflessione sui limiti all'azione economica degli Stati che emergono in un contesto di forte integrazione dei mercati dei capitali. L'analisi che qui si intende proporre tiene in particolare considerazione i fattori di ordine giuridico che facilitano la trasmissione di condizioni di instabilità tra mercati e operatori finanziari, pubblici e privati, accanto alla disciplina che governa l'assistenza finanziaria del Fondo monetario internazionale. In questo esercizio, si vorrà tener conto di norme del diritto internazionale pubblico, così come di altri assetti normativi che, seppur elaborati al termine di un esercizio di concertazione tra autorità nazionali, difficilmente possono essere ricondotti alle tradizionali fonti del diritto internazionale, senza che ciò ne riduca, va sottolineato, l'influenza sui contenuti delle misure nazionali in materia di politica economica.

2. Politiche legislative e assetto dei mercati nell'attuale processo di finanziarizzazione delle economie nazionali

Il processo di finanziarizzazione delle economie nazionali e la conseguente espansione dell'attività di offerta e raccolta di risparmio sono stati determinati dagli sviluppi degli ultimi decenni nel campo delle tecnologie dell'informazione. Queste hanno infatti aperto la possibilità per gli operatori economici di intervenire anche in mercati diversi da quelli di origine, traendo vantaggio da applicazioni informatiche che consentono trasferimenti istantanei di ricchezza tra mercati geograficamente lontani. Parallelamente, nuove frontiere della tecnica finanziaria hanno promosso l'introduzione di modelli contrattuali innovativi, quali i derivati finanziari e i prodotti di finanza strutturata. Collocati in una prima fase sui mercati in un'ottica di copertura del rischio di controparte, in misura incrementale questi strumenti sono divenuti oggetto di operazioni di scambio di carattere strettamente speculativo.

L'importanza di queste evoluzioni non deve indurre a trascurare come la globalizzazione finanziaria sia stata in realtà anche guidata dalle politiche legislative seguite dalla maggioranza degli Stati, orientate nei decenni più recenti alla deregolamentazione dei mercati dei capitali. Nel quadro di queste politiche, due sono gli orientamenti principali che emergono. Il primo si riferisce alla progressiva riduzione, se non alla eliminazione, degli ostacoli normativi ai movimenti transfrontalieri di capitali. Per taluni Paesi i contenuti delle pertinenti legislazioni sono stati definiti nell'autonomo esercizio della potestà di governo; per altri Stati,

invece, quelle medesime discipline sono anche il frutto del recepimento negli ordinamenti interni di accordi internazionali conclusi su scala bilaterale, regionale o anche universale, oltre che di atti adottati da organizzazioni internazionali[7]. Sotto un diverso profilo, si osserva anche come molte delle transazioni che danno forma al processo di integrazione finanziaria sfuggano dalla sfera di operatività di una disciplina di ordine pubblicistico. Numerose contrattazioni, in particolare quelle che interessano gli strumenti derivati, si svolgono direttamente tra soggetti privati e in contesti non regolamentati o solo parzialmente regolamentati, e sulla base di modelli elaborati dagli operatori interessati, nel pieno esercizio della loro autonomia contrattuale[8]; parimenti, non mancano figure di investitori (quali i fondi speculativi) nei cui confronti, fino a tempi recenti, non trovavano applicazione le norme in materia di autorizzazione, informazione e trasparenza indirizzate invece ad altri veicoli di intermediazione finanziaria.

Pur se le esperienze nazionali qui richiamate presentano, in chiave comparata, degli elementi di distinzione, esse inducono comunque ad una considerazione generale. La deregolamentazione (ovvero la

[7] A tale riguardo, ci sia consentito di rinviare a G. ADINOLFI, *Poteri e interventi del Fondo monetario internazionale*, Padova, 2012, p. 277 ss.

[8] Può qui farsi riferimento alla ISDA (*International Swaps and Derivatives Association*), che riunisce un largo numero di operatori sui mercati dei derivati finanziari e la cui attività principale consiste nella predisposizione dei modelli contrattuali impiegati nelle transazioni su questi strumenti. Anche questa evoluzione induce alcuni autori ad affermare che «[c]iò che domina la scena giuridica del nostro tempo … è … la circolazione internazionale dei modelli contrattuali uniformi»: v. F. GALGANO, Lex mercatoria, in *Enciclopedia del diritto*, agg. V, Milano, 2001, par. 5. Parte della dottrina riporta l'efficacia della *lex mercatoria* agli ordinamenti statali, affermando che essa non costituisce un ordinamento autonomo (come invece affermato dalla Corte di Cassazione italiana nella sentenza dell'8 febbraio 1982, n. 722, in *RDIPP* 1982, p. 1579 ss., per la quale «[n]ell'arbitrato mercantile … deve ritenersi che transnazionale sia il diritto in cui l'arbitro si colloca ed opera, prescindendo dalle leggi dei singoli Stati»: p. 1581), ma è piuttosto espressione della capacità delle forze economiche private di imporre agli ordinamenti statali l'accoglimento di principi e norme uniformi rispetto a taluni strumenti contrattuali: v. P. PICONE, *Diritto internazionale dell'economia e costituzione economica dell'ordinamento internazionale*, in P. PICONE, G. SACERDOTI, *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1989 (ristampa), p. 31 ss., p. 83. V. anche S.M. CARBONE, *Derivati finanziari e diritto internazionale privato e processuale*, in *DCI* 2000, p. 3 ss., che pone a fondamento dell'effettività giuridica del diritto transnazionale la collaborazione da parte degli Stati e la disponibilità a garantire in modo giuridicamente rilevante le situazioni dallo stesso regolate, e N. BOSCHIERO, *La* lex mercatoria *nell'era della globalizzazione: considerazioni di diritto internazionale pubblico e privato*, in *Sociologia del diritto* 2005, p. 83 ss. (in particolare p. 147 ss.), la quale sostiene la natura della *lex mercatoria* quale ordinamento giuridico autonomo e separato dagli ordinamenti interni degli Stati, secondo l'accezione che essa non trova lì la sua fonte, ma è rispetto ad essi in un rapporto di "reciproca indipendenza".

decisione di introdurre regimi normativi di portata limitata o di escludere alcuni profili dell'attività economica da una disciplina pubblicistica orientata alla tutela di interessi collettivi) testimonia come la c.d. economia di mercato (i cui benefici sono esaltati dalla teoria dell'ortodossia economica neoliberista e dall'analisi giuridica che vi si rifà) non si trovi in natura. Essa definisce piuttosto un particolare assetto delle relazioni economiche, per il quale la mancanza di significativi ostacoli alla libera prestazione dell'attività privata scaturisce dall'adozione di precise scelte legislative: assumere l'autonomia privata quale paradigma fondamentale nel disegnare le modalità di funzionamento dei mercati, non ponendo vincoli al libero gioco delle forze economiche, in base all'assunto che questo condurrà a posizioni di equilibrio e a un maggior benessere, è una decisione di ordine politico da cui discende una regolazione volutamente non priva di lacune. Come sostenuto dalla dottrina, al mercato danno forma le decisioni assunte dai governi e dai parlamenti nazionali: il libero operare delle forze private è in definitiva il risultato dell'adozione di una scelta politica e di un orientamento normativo, nel qual viene limitato il ruolo dell'operatore pubblico, nella veste non più solo di soggetto economico, ma anche, qui rileva, di regolatore[9].

3. Uso regolamentare dei rating e limiti alla sovranità economica degli Stati

Le considerazioni appena svolte consentono di analizzare il ruolo esercitato dalle agenzie di rating sui mercati finanziari nel più ampio contesto delle politiche legislative seguite dagli Stati.

La possibilità di operare su più mercati, anche geograficamente lontani, l'ampliamento della gamma di strumenti finanziari che possono essere negoziati e la complessità dei titoli oggetto di trattativa, questi fattori hanno concorso nel far emergere l'esigenza di uno strumento di sintesi che consenta agli investitori, istituzionali e non istituzionali, di individuare opportunità di allocazione del risparmio che realizzino effettivamente l'obbiettivo di massimizzazione dei profitti.

Il rating è un giudizio (espresso sinteticamente tramite un indice alfabetico o alfanumerico) sul merito di credito di un particolare emittente, ovvero sulla capacità di questo di adempiere alle scadenze

[9] In questo senso v. la ricca analisi proposta da N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2004, *passim*.

prestabilite agli obblighi di restituzione del capitale e di pagamento degli interessi assunti nei confronti dei creditori[10]. La valutazione si riferisce al rischio di inadempienza dell'emittente in quanto tale (c.d. rating dell'emittente, che può riguardare una società privata o uno Stato, così come organi di governo territoriale, enti o società pubblici)[11], o rispetto a un suo strumento di debito che questo abbia collocato sui mercati (rating dello strumento). Come indicato, una revisione del rating al ribasso determina per l'emittente un maggior costo di accesso ai mercati dei capitali, rendendolo talvolta impossibile su un piano finanziario[12].

Secondo parte dell'analisi economica, l'attività delle agenzie di rating si giustifica perché favorirebbe la correzione delle "asimmetrie informative" che caratterizzano i mercati finanziari. In questi ultimi, si afferma, il soggetto debitore dispone, rispetto agli investitori, di maggiori informazioni circa il proprio grado di solvibilità, e l'intervento delle agenzie agevolerebbe i creditori nell'adottare decisioni di collocazione del risparmio sulla base di una più attenta valutazione del grado di rischio. La ricerca empirica è tuttavia giunta a ricostruire l'esistenza di una correlazione negativa tra i livelli di rating e la probabilità di *default* del soggetto valutato (in assoluto o su un particolare strumento), tale per cui quanto più basso è il rating, tanto maggiori sono le probabilità che l'emittente non riesca ad adempiere alle

[10] V. la definizione proposta dall'art. 3, par. 1, lett. (*a*) del regolamento 1060/2009 "relativo alle agenzie di rating del credito" (*GUUE* L 302, 17.11.2009, p. 1 ss.) e, negli Stati Uniti, dal *Securities Exchange Act* del 1934 (15 *U.S.C.* 78c (60)). Cfr. IMF, *Global Financial Stability Report. Sovereigns, Funding and Systemic Liquidity*, Washington D.C., October 2010, p. 90, per un confronto tra le valutazioni proposte dalle tre principali agenzie di rating globali, Moody's, Standard and Poors' e Fitch Rating. Queste complessivamente controllano più del 90% del mercato mondiale dei rating, anche grazie al controllo patrimoniale e societario esercitato su agenzie regionali, la cui attività è circoscritta a titoli e emittenti collocati in una certa area geografica (v. G. FERRI, P. LACITIGNOLA, *op. cit.*, p. 31 ss.). Ulteriore strumento di comunicazione ai mercati sono i c.d. *outlooks*, coi quali le agenzie rendono nota la possibilità che nel futuro opereranno revisioni al ribasso del giudizio di merito di credito di un emittente (o dei suoi strumenti finanziari) a causa di probabili evoluzioni negative nei parametri di valutazione di riferimento.

[11] Per un'analisi dei fattori quantitativi e qualitativi presi in considerazione dalle agenzie di rating nel valutare il merito di credito di uno Stato, v. IMF, *Global Financial Stability Report*, cit., p. 98 ss.

[12] Per una indicazione dei *downgrading* decisi dalle tre agenzie di rating globali nel 2007-2010 nei confronti di Paesi che poi sono ricorsi all'assistenza finanziaria del Fondo, v. *op. ult. cit.*, p. 113; nel caso della Grecia, si ritiene che il declassamento spieghi in misura prevalente l'aumento dello *spread* registrato in quello stesso periodo sui titoli del debito pubblico (ivi, p. 107). V. anche l'analisi empirica proposta in A. AFONSO, D. FURCERI, P. GOMES, *Sovereign credit ratings and financial market linkages: Application to European data*, in *J. Int'l Money & Fin.* 2012, p. 606 ss.

proprie obbligazioni finanziarie. Sul piano giuridico, queste valutazioni assumono un duplice rilievo: da un lato, l'insolvenza di un emittente che segue a un *downgrading* può preludere all'applicazione dei regimi normativi in materia fallimentare, i quali, va segnalato, non sempre regolano specificamente il fallimento di un soggetto pubblico[13]; d'altro lato, e ciò che maggiormente qui interessa, sempre più di frequente le legislazioni nazionali propongono un c.d. "uso regolamentare dei rating", ascrivendo a questi ultimi una valenza giuridica nel definire taluni profili del funzionamento dei mercati finanziari e dell'attività dei soggetti che vi operano[14].

A tale ultimo riguardo, può farsi riferimento, in primo luogo, alle disposizioni in base alle quali taluni strumenti di debito possono essere collocati su determinati mercati a condizione che il rating formulato in merito ad essi o al soggetto emittente si attesti al di sopra di certi valori. Questo approccio è stato seguito dagli Stati Uniti sin dagli anni '30 del secolo scorso[15], e ad esso si uniforma, ad esempio, la disciplina degli organismi collettivi di investimento in valori mobiliari oggi vigente nell'Unione europea: ai fondi collettivi è infatti consentito di operare sul mercato monetario in strumenti emessi o garantiti da un istituto non soggetto a vigilanza prudenziale conformemente ai criteri definiti dal diritto dell'Unione, purché l'istituto in causa si adegui a norme almeno altrettanto rigorose rispetto a quelle dell'Unione, ovvero, tra l'altro, a

[13] V. A. TANZI, *Sull'insolvenza degli Stati nel diritto internazionale*, in *RDI* 2012, p. 66 ss.

[14] Per una ampia ricostruzione delle legislazioni nazionali che riconoscono valore regolamentare al rating, v. Basel Committee on Banking Supervision, The Joint Forum, *Stocktaking on the use of credit ratings*, June 2009. V. anche N.R. SY AMADOU, *op. cit.*, in particolare p. 9 ss. Il rinvio alle valutazioni delle agenzie di rating è frequente anche nella disciplina dei rapporti tra privati elaborata da questi ultimi nell'esercizio della loro autonomia contrattuale: può farsi riferimento, ad esempio, alle clausole inserite in taluni strumenti di debito le quali fanno discendere da un eventuale *downgrading* dell'emittente determinate conseguenze, quali l'estinzione anticipata del rapporto (quindi l'obbligo per il debitore di restituire il capitale prima della scadenza originariamente pattuita) o la costituzione obbligatoria di garanzie. Anche per altri rif., v. B. SZEGO, G. GOBBO, *Rating, mercato e regolatori. «Reliance» e «over-reliance» sulle agenzie di rating*, in *Analisi giuridica dell'economia* 2012, p, 335 ss., p. 338.

[15] V. F. PARTNOY, *The Siskel and Ebert of Financial Markets?: Two Thumbs down for the Credit Rating Agencies*, in *Washington University Law Review* 1999, p. 619 ss., p. 688 ss., e i rif., in G. PRESTI, *Le agenzie di* rating*: dalla protezione alla regolazione*, in *I nuovi equilibri mondiali: imprese, banche, risparmiatori. Atti del convegno (Courmayeur, 26-27 ottobre 2008)*, Milano, 2009, p. 75 ss., nota 5.

condizione che il suo rating sia superiore a una soglia di riferimento[16]. Parimenti, seppur senza richiamare direttamente i rating, la normativa italiana in materia di cartolarizzazione dei crediti introduce un vero e proprio obbligo di valutazione del merito di credito da parte di operatori terzi nel caso in cui l'operazione in causa sia rivolta a investitori non professionali[17].

Secondo un diverso orientamento, i giudizi proposti dalle agenzie di rating divengono per il legislatore uno strumento idoneo a modulare i vincoli patrimoniali posti a carico degli intermediari finanziari. In tal senso, ha dato un decisivo contributo all'aumento della domanda di rating l'approvazione, nel 2004, del documento sui requisiti patrimoniali minimi degli enti creditizi (c.d. Basilea II) ad opera del Comitato di Basilea sulla supervisione bancaria (CBSB)[18]. Il documento propone una disciplina uniforme del rapporto patrimonio-attività di rischio per le banche, il cui recepimento negli ordinamenti interni avrebbe dovuto, da un lato, evitare situazioni di disparità concorrenziale, impedendo che legislazioni nazionali differenti in questa materia potessero condizionare le decisioni di stabilimento degli enti creditizi, dall'altro prevenire l'insolvenza del singolo intermediario e, in un'ottica sistemica, l'instabilità del sistema finanziario[19]. Per quanto concerne la copertura del rischio di credito, l'intesa di Basilea II prevede il ricorso a due diverse metodologie di quantificazione delle dotazioni patrimoniali minime in base alla qualità delle obbligazioni detenute nel portafoglio delle banche: il metodo standardizzato e il metodo dei rating interni. Quest'ultimo, impiegato esclusivamente dalle banche autorizzate dalle competenti autorità nazionali di vigilanza, rinvia nella sostanza a giudizi formulati direttamente dall'ente creditizio circa il rischio connesso a ciascuna

[16] V. l'art. 50, lett. (*h*) (iii) della direttiva 2009/65 (in *GUUE* L 302, 17.11.2009, p. 32 ss.), letto congiuntamente all'art. 6 della direttiva 2007/16 (in *GUUE* L 79, 20.3.2007, p. 11 ss.).

[17] V. l'art. 2, co. 4 della legge 130 del 30 aprile 1999, in *GU* n. 111 del 14 maggio 1999. Per altri rinvii ai rating previsti dalla normativa italiana e dell'Unione, v. L. ENRIQUES, M. GARGANTINI, *Regolamentazione dei mercati finanziari, rating a regolamentazione del rating*, in *Analisi Giuridica dell'Economia* 2010, p. 475 ss.

[18] V. Basel Committee on Banking Supervision, *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards. A Revised Framework*. Comprehensive Version, June 2006 (disponibile alla pagina web www.bis.org/publ/bcbs128.pdf, consultata il 5 maggio 2013). V. D.K. TARULLO, *Banking on Basel. The Future of International Financial Regulation*,Washington D.C., 2008. «Basel II serves as the foundation for the use of credit ratings in a significant number of … jurisdictions» e «[it] features the broadest application of the use of credit ratings»: v. Basel Committee on Banking Supervision, The Joint Forum, cit. *supra*, nota 14, pp. 3 e 4.

[19] V. il par. 40 dell'intesa di Basilea II, cit. *supra*, nota precedente.

attività di prestito[20]. Diversamente, nel metodo standardizzato il grado di rischio è misurato in base alle valutazioni proposte dalle agenzie di rating: quanto più queste ultime sono negative, tanto più oneroso è il requisito patrimoniale che si impone alle banche[21]. A rafforzare l'impego dei rating a livello normativo intervengono poi le disposizioni relative ai prodotti finanziari strutturati, per i quali la quantificazione dei requisiti patrimoniali, anche da parte delle banche autorizzate a ricorre al metodo dei rating interni, deve avvenire sulle base di valutazioni esterne, se esistenti, aventi ad oggetti i titoli emessi nel quadro di operazioni di cartolarizzazione[22]. Recepita nell'ordinamento dell'Unione europea con le due direttive 2006/48 e 2006/49[23], la disciplina di Basilea II è stata qui ulteriormente rafforzata: il suo ambito di applicazione si estende infatti a tutti gli enti creditizi, e non solo a quelli che operano su scala internazionale[24], e agli organismi collettivi di investimento[25].

Il conferimento di un valore regolamentare ai rating è proposto anche in una terza categoria di strumenti normativi, coi quali sono regolate le più generali operazioni di politica monetaria adottate dalle banche centrali. Nell'Unione europea, il trasferimento di liquidità dalla BCE al settore bancario è subordinato alla costituzione di garanzie[26] aventi ad oggetto attività finanziarie che soddisfino taluni requisiti predeterminati, tra i quali l'attribuzione di un livello di rating superiore a un valore prestabilito[27]. Appare evidente, in questo caso, il diverso

[20] Ivi, par. 211 («… *banks that have received supervisory approval to use the [internal ratings-based approach]* may rely on their own internal estimates of risk components in determining capital requirement for a given exposure»; corsivo nostro).

[21] Ivi, par. 50 ss.

[22] Ivi, par. 609 («The Rating-Based Approach … must be applied to securitization exposures that are rated»).

[23] In *GUUE* L 177, 30.6.2006, rispettivamente pp. 1 ss. e 201 ss. In dottrina, v. N. MOLONEY, *EC Securities Regulation*, 2nd ed., Oxford, 2008, p. 529 ss.

[24] Cfr. il par. 1 dell'intesa di Basilea II, cit. *supra*, nota 18 con l'art. 68 della direttiva 2006/48.

[25] V. M. MARANGONI, M. TRAPANESE, *La direttiva europea sull'adeguatezza patrimoniale delle banche*, in F. CANNATA, (a cura di), *Il metodo dei* rating *interni*, Roma, 2010, p. 63 ss., p. 66 e N. MOLONEY, *op. cit.*, p. 531 ss.

[26] V. l'art. 18, par. 1 dello Statuto della BCE, e il par. 1.5 e il successivo capitolo 6 dell'indirizzo 2011/14 sugli strumenti e sulle procedure di politica monetaria dell'Eurosistema, approvato dalla Banca il 20 settembre 2011, in *GUUE* L 331, 14.12.2011, p. 1 ss., e modificato il 26 novembre 2012 (v. *GUUE* L 348, 18.12.2012, p. 30 ss.). Sull'argomento v., anche per ult. rif. bibl., A. GARDELLA, *Le garanzia finanziarie nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007, p. 135 ss.

[27] V. l'indirizzo BCE 2011/14 cit. alla nota precedente, par. 6.3.1. Il documento rinvia alle valutazioni operate dalla agenzie di rating, e ad altri strumenti di misurazione della qualità creditizia, ovvero i sistemi di valutazione interni elaborati delle banche centrali nazionali di alcuni Stati dell'area euro, i sistemi di rating interni delle banche

rilievo che assumono i giudizi delle agenzie. In ciascuna delle ipotesi sin qui considerate, infatti, essi sono strumentali alla soddisfazione di un interesse collettivo, individuato nella stabilità dei mercati finanziari, nella garanzia della solvibilità degli enti che vi operano svolgendo funzioni di raccolta e impiego del risparmio, o nella regolazione delle operazioni di politica monetaria. In quest'ultimo caso, tuttavia, l'uso regolamentare dei rating non assume una portata "microeconomica": il giudizio proposto dalle agenzie non si limita a rendere giuridicamente legittime solo alcune delle operazioni che possono aver luogo in uno specifico segmento dei mercati finanziari o a determinare il rispetto di più stringenti obblighi regolamentari, ma in termini più generali ha un impatto "macroeconomico", connesso all'attuazione della politica economica degli Stati. Valutazioni operate da soggetti privati, i quali, non va dimenticato, agiscono seguendo strategie di massimizzazione dei profitti, vanno così a condizionare l'efficacia di decisioni con le quali le autorità monetarie si prefiggono di governare la liquidità in circolazione entro i confini dello Stato, compromettendo eventualmente anche la realizzazione degli obiettivi cui siano preordinati gli specifici interventi[28].

Da sottolineare che, nonostante l'uso regolamentare dei rating, sino al 2006 sia negli Stati Uniti sia nell'Unione europea mancava una definizione giuridicamente rilevante degli enti preposti a svolgere l'attività di valutazione. Ad esempio, l'ordinamento statunitense rinviava ai giudizi delle c.d. *Nationally Recognized Statistical Rating Organizations* (NRSROs), senza nulla disporre circa le caratteristiche cui queste avrebbero dovuto rispondere o la procedura da seguire perché un'agenzia di rating potesse essere così registrata presso la *Securities Exchange Commission* (SEC). Quest'ultima riconosceva come NRSROs gli enti le cui valutazioni erano largamente riconosciute («widely accepted») come credibili e affidabili, ma non prescriveva alcun ulteriore requisito[29]. Per quanto riguarda l'Unione europea, nonostante alcuni atti derivati richiamassero l'attività delle agenzie di rating[30], le istituzioni non

controparti autorizzate dalle loro banche centrali, gli strumenti di rating di fornitori terzi accettati dall'Eurosistema (par. 6.3.4). Alla pagina web www.ecb.int/paym/coll/risk/ecaf/html/index.en.html è pubblicata la scala di rating armonizzata utilizzata nell'Eurosistema. Sui requisiti applicati dalla BCE a garanzia dell'affidabilità delle valutazioni delle agenzie, v. *Credit Rating Agencies: Developments and Policy Issues*, in *ECB Monthly Bulletin* 05/2009, p. 107 ss., p. 115 ss.

[28] V. però *infra*, nota 37 e il relativo testo.

[29] V. E. CERVONE, *Regulating Credit Rating Agencies in a Transatlantic Dialogue*, in *EBLR* 2008, p. 819 ss., p. 829 ss.

[30] In particolare, si estendono alle agenzie di rating le norme in materia di trattamento delle informazioni privilegiate di cui alla direttiva 2003/6 sugli abusi di

avevano adottato alcun atto che ne proponesse la definizione o ne regolasse l'attività. Una prima modifica di questo assetto si è avuta nel 2006, anno in cui negli USA è stato adottato il *Credit Rating Agencies Reform Act* e l'UE ha approvato gli atti di recepimento dell'intesa di Basilea II. Il primo introduce una procedura di registrazione delle NRSROs, alla quale possono accedere gli operatori che prestino attività di valutazione da almeno tre anni con riferimento a talune categorie di emittenti, cui si richiede il rispetto di taluni obblighi di informazione e trasparenza[31]. Dal canto suo, nel regolare il metodo standardizzato di calcolo della dotazione patrimoniale minima degli enti creditizi e delle imprese di investimento, l'art. 81, par. 1 della direttiva 2006/48 richiama i giudizi formulati dalle c.d. agenzie esterne di valutazione del merito di credito (*External Credit Assessment Institutions*, ECAIs) che, secondo le autorità nazionali competenti, ricorrono a metodologie rispondenti a criteri obiettività, indipendenza, revisione continua e trasparenza e le cui valutazioni soddisfano requisiti di credibilità e trasparenza. Nonostante le differenze tra i due atti (ad esempio, la normativa dell'Unione non introduce una procedura di registrazione), un loro carattere comune può essere comunque rilevato, ovvero l'assenza di obblighi inerenti alle procedure e alle metodologie tramite le quali le NRSROs o le ECAIs compiono le proprie valutazioni[32].

4. Il «vicious circle between banks and sovereigns» quale causa di instabilità dei mercati finanziari

Anche per il tramite dell'operare degli assetti normativi e regolamentari indicati, in occasione della recente crisi economico-

mercato (in *GUUE* L 96, 12.4.2003, p. 16 ss.); il preambolo della direttiva 2003/125 (in *GUUE* L 339, 24.12.2003, p. 73 ss.) prevede che le stesse dovrebbero dotarsi di procedure per una corretta pubblicazione dei loro giudizi e di eventuali conflitti di interesse in rapporto a strumenti finanziari o agli emittenti in ordine ai quali intervengono (co. 10); infine, sul piano prescrittivo intervengono le norme di comportamento e i requisiti organizzativi previsti dalla direttiva 2004/39 relativa ai mercati degli strumenti finanziari (in *GUUE* L 145, 30.5.2004, p. 1 ss.), nel caso particolare in cui le agenzie prestino anche servizi di investimento e svolgano attività di investimento a titolo professionale. V. *Comunicazione della Commissione sulle agenzie di rating del credito*, in *GUUE* C 59, 11.3.2006, p. 2 ss. In generale, v. R GARCÍA ALCUBILLA, J. RUIZ DEL POZO, *Credit Rating Agencies on the Watch List. Analysis of European Regulation*, Oxford, 2012.

[31] V. Pub. L. 109-291, 130 Stat. 1327, che ha modificato il *Securities Exchange Act* del 1934 (15 *U.S.C.* 78a-78 pp).

[32] V. E. CERVONE, *op. cit.*, pp. 846 ss. e 849.

finanziaria si è osservata una stretta interconnessione tra la solvibilità di alcuni Membri dell'UE e quella di istituzioni creditizie nazionali ed estere. In alcuni casi, la decisione delle agenzie di rivedere al ribasso il rating di istituzioni finanziarie, o di strumenti da queste emessi, ha determinato sia una modifica delle dotazioni patrimoniali di altri enti creditizi per rispondere ai più stringenti requisiti di capitalizzazione previsti dalla legislazione nazionale (amplificando così la contrazione delle transazioni sul mercato del credito rivolto all'economia reale), sia l'avvio di operazioni di immissione di liquidità da parte delle autorità di governo volte a garantire il funzionamento del sistema bancario. Queste ultime tuttavia hanno innescato il *downgrading* delle valutazioni sul merito di credito degli Stati coinvolti (e così un aumento del costo del loro debito collocato sui mercati), perché esposti verso soggetti per i quali si era registrato un minor grado di affidabilità nei loro rapporti di debito[33]. Specularmente, il declassamento di uno Stato (come per la Grecia a motivo degli elevati valori del suo debito pubblico) ha avuto delle ripercussioni negative sull'attività degli enti creditizi[34]. In particolare, la revisione al ribasso dei rating sovrani, pur non

[33] Seppur in termini esemplificativi, possono essere così ricostruiti gli avvenimenti che hanno interessato l'Irlanda, il cui settore bancario registrava, prima della crisi attuale, una esposizione particolarmente elevata in titoli garantiti da mutui *sub-prime* (*mortages-back securities*). Gli sviluppi che hanno interessato questo mercato dall'estate 2007 avrebbero potuto causare una contrazione dei depositi e compromettere la capacità delle banche di raccogliere capitali, e quindi di ottenere il rinnovo dei prestiti in scadenza; da qui la decisione del governo, nell'autunno 2008, di intervenire tramite massicce immissioni di liquidità (accompagnate da simili interventi anche da parte della BCE). L'aumento della spesa pubblica ha tuttavia portato le agenzie di rating a una revisione in negativo delle proprie valutazioni (v. J. CROKE, *Chuaigh Ár Lá – Debt of A Gaelsman: Ireland's Sovereign Debt Crisis, National and International Responses*, in *Nw. J. IL & Bus.* 2012, p. 365 ss., p. 381), attribuendo all'esposizione finanziaria nei confronti di questo Paese un grado di rischiosità più elevato, ma così favorendo un aumento dei rendimenti richiesti sui titoli del debito pubblico («The government's obligations to the financial sector have pushed spreads on government bonds to historic highs and significantly reduced market access for the sovereign»: IMF, *Ireland. Request for an Extended Arrangement*, December 4, 2010, in *IMF Country Report* 10/366, par. 7). Da qui la decisione di ricorrere all'assistenza finanziaria del FMI e dell'Unione europea.

[34] Oltre che su altri Stati, i quali hanno sperimento un aumento del loro *spread*, perché secondo i mercati registravano debolezze strutturali simili: v. lo studio in R.A. DE SANTIS, *The Euro Area Sovereign Debt Crisis. Safe Haven, Credit Rating Agencies and the Spread of the Fever from Greece, Ireland and Portugal*, ECB Working Paper Series no. 1419, February 2012 : «The empirical analysis also reveals that one-notch downgrade of sovereign bonds in Greece, Ireland and Portugal is associated with a rise in spreads in other sovereign spreads (spillover effect) with weak fiscal fundamentals, although the spillover effect from Greece is much stronger. The estimated spillover effect from Greece and the impulse response functions points to severe contagion risk hitting particularly Ireland, Portugal, Italy, Spain, Belgium and France» (p. 26).

determinando l'applicazione di requisiti di capitale più stringenti (posto che la direttiva 2006/48 contempla un coefficiente di patrimonializzazione pari a zero per i titoli del debito pubblico denominati in euro emessi dagli Stati membri dell'Unione europea)[35], ha indotto le agenzie a modificare la valutazione delle banche che registravano una esposizione particolarmente elevata nei confronti dello Stato in causa, col rischio di una contrazione nell'attività di concessione di credito e di un ulteriore aggravio sull'economia reale[36]; contemporaneamente, rating sovrani bassi hanno agito anche come ostacoli a che i titoli di taluni Paesi potessero essere impiegati quali garanzie nelle operazioni di politica monetaria decise dalla BCE per immettere liquidità nell'area euro, a meno di un intervento della stessa Banca per derogare alla disciplina altrimenti applicabile[37].

[35] V. direttiva 2006/48 (*supra*, nota 23), allegato VI, parte 1, par. 1.2.

[36] Come osserva un rapporto dell'*Autorité des marchés financiers* francese, «the European banking sector was … badly affected by increased sovereign risk in 2010, owing to the share of government debt securities on debt balance sheet. As a result, bank risk premia moved in step with sovereign spreads throughout 2010, reaching historical high levels» (AMF, *2010 AMF report on credit rating agencies*, Paris, 19 August 2011, p. 19). La Banca per i regolamenti internazionali, nel dicembre 2011, riportava che «le istituzioni finanziarie direttamente esposte ai soggetti sovrani dell'area [dell'euro] hanno visto crescere i costi della provvista e deteriorarsi l'accesso al mercato. Le banche colpite hanno preso nuovi provvedimenti per ridurre il grado di leva finanziaria, cedendo nuovi attivi e inasprendo le condizioni creditizie» (*Rassegna trimestrale BRI, dicembre* 2011, p. 1). Anche in questo senso possono essere lette le dinamiche che hanno condotto agli interventi di assistenza finanziaria a favore della Grecia ad opera del FMI e dell'UE (e in una fase iniziale, degli altri Membri dell'Unione europea). Questi prendevano le mosse dal fatto che una dichiarazione di *default* da parte della Grecia avrebbe compromesso la posizione finanziaria di alcune banche tedesche e francesi (nel cui patrimonio erano compresi, a fine 2009, titoli del debito pubblico greco per un valore complessivo di circa 160 miliardi di euro) (v. IMF, *Greece – Assessment of the Risks to the Fund and the Fund's Liquidity Position*, May 6, 2010, in *IMF Country Report* 10/366, p. 124 ss., pp. 125 e 127), circostanza che spingeva il Segretariato del Fondo a includere, tra i fattori di contagio della crisi greca, anche la presenza di «foreign financial sector institutions with substantial exposures to Greek paper» (v. IMF, *Request for Stand-By Arrangement*, May 5, 2010, *ibidem*, par. 8).

[37] Per l'UE, va menzionato il par. 1.6 dell'indirizzo 2011/14, cit. *supra*, nota 26, per il quale la BCE può modificare in un qualsiasi momento la disciplina relativa alle operazioni di politica monetaria. In attuazione di questa norma, con alcune decisioni *ad hoc* adottate nel 2010 e nel 2012 la Banca ha sospeso l'applicazione dei requisiti di qualità creditizia con riferimento ai titoli greci del debito pubblico, i quali, nonostante il giudizio fortemente negativo formulato dalle agenzie di rating, hanno potuto ancora essere trasferiti nelle operazioni decise dalla BCE per l'immissione di liquidità nell'area euro (v. decisioni 2010/268, in *GUUE* L 117, 11.5.2010, p. 102 ss., 2012/153, in *GUUE* L 77, 16.3.2012, p. 19 e 2012/839, in *GUUE* L 359, 29.12.2012, p. 74 ss., le prime due abrogate, rispettivamente, con le decisioni 2012/133, in *GUUE* L 59, 1.3.2012, p. 36, e 2012/433, in *GUUE* L 199, 26.7.2012, p. 26). Decisioni simili sono state adottate anche

L'esistenza di un «vicious circle between banks and sovereigns»[38] dà sostegno ulteriore a quell'analisi che dubita dell'opportunità di un uso regolamentare dei rating, in ragione della struttura oligopolista del mercato delle agenzie[39], della scarsa trasparenza e dei conflitti di interesse che investono la loro attività e dell'assenza di un chiaro regime della responsabilità che incombe nei loro confronti nei rapporti con gli investitori e con gli emittenti. In questo contesto può rinviarsi anche a quella dottrina per la quale i rating sarebbero in realtà privi di valore informativo, se non in misura marginale[40], considerazione che indurrebbe a ritenere come nella crisi attuale essi abbiano contribuito a creare condizioni di instabilità ingiustificate alla luce delle caratteristiche di liquidità e solvibilità degli emittenti nei cui confronti sono stati decisi declassamenti.

Preme però qui sottolineare che, se un *vicious circle* esiste, è anche per effetto delle prescrizioni normative indicate, le quali, nella loro prassi applicativa consentono alle agenzie di rating di condizionare, se non di determinare, l'esercizio del potere di governo degli Stati, privandoli anche della capacità di controllare i processi economici che hanno luogo entro i confini nazionali. Non presenta evidentemente dei profili di novità l'osservazione che taluni agenti economici privati mostrano la forza materiale di determinare gli equilibri dei mercati, o di essere causa o contribuire allo scoppio di situazioni di crisi; qui si vuole dare però conto del fatto che, rispetto alle agenzie di rating, sul piano del diritto positivo gli Stati hanno ascritto una valenza giuridica al prodotto della loro attività, e alla loro capacità di intervenire sugli assetti di specifici mercati o, più in generale, sulle operazioni di politica economica.

5. L'uso regolamentare dei rating nelle proposte normative post-crisi

Se il mercato è inteso come l'insieme delle norme e istituzioni che definiscono, sotto il profilo giuridico, le modalità tramite le quali l'iniziativa economica privata può trovare manifestazione, la risposta alla crisi attuale dell'economia mondiale è stata individuata nell'elaborazione

con riferimento ai titoli del debito pubblico di Irlanda (decisione 2011/227, in *GUUE* L 94, 8.4.2011, p. 33 ss.) e Portogallo (decisione 2011/410, in *GUUE* L 182, 12.7.2011, p. 31 ss.).

[38] V. l'incipit dell'*Euro Area Summit Statement*, Brussels, 29 June 2012.

[39] V. *supra*, nota 10.

[40] V. F. PARTNOY, *op. cit.*

di una complessa disciplina pubblicistica, preordinata a garantire la stabilità delle relazioni finanziarie, introducendo nuove regolazioni per settori, investimenti e strumenti contrattuali esclusi dalla disciplina vigente. In questo nuovo quadro normativo, si pone la questione di accertare se sia stata avviata una riconsiderazione dell'opportunità di affidarsi per fini regolamentari all'analisi economiche e finanziarie condotte dai soggetti privati, a motivo anche delle forti critiche mosse nei confronti delle agenzie di rating. A queste ultime si imputa infatti di aver deciso solo tardivamente il declassamento di strumenti finanziari strutturati, quando i soggetti emittenti già si trovavano in una situazione di insolvibilità a causa della perdita di valore delle attività finanziarie sottostanti, e di aver invece proposto una revisione al ribasso di rating sovrani in taluni casi eccessivamente punitiva, le cui conseguenze sul costo del debito apparivano ingiustificate[41].

Il carattere transnazionale dei fenomeni materiali in oggetto ha richiesto l'avvio di un'intensa concertazione tra Stati. Esula dallo scopo del presente lavoro render conto delle numerose iniziative che si sono sviluppate in tal senso[42]. Preme piuttosto sottolineare come esse abbiano avuto luogo in consessi estranei alla realtà del diritto internazionale positivo. Il riferimento è il primo luogo al G20, per il raggiungimento di un consenso politico tra i Paesi industrializzati e ad economia emergente di maggiore importanza economica, e, per quanto concerne gli aspetti sostanziali di regolazione dei mercati, al *Financial Stability Board* (FSB), cui partecipano i ministri delle finanze, i governatori delle banche centrali e le autorità nazionali competenti in materia di mercati finanziari dei Paesi del G20, oltre che di Hong Kong, Olanda, Singapore, Spagna e Svizzera, insieme ad alcune organizzazioni internazionali[43]. Al FSB si affiancano poi alcuni dei principali *standard setting bodies*, i quali riuniscono autorità nazionali che esercitano un'attività normativa o di vigilanza su specifici settori dei mercati finanziari, tra i quali va annoverata, oltre al già menzionato Comitato di Basilea sulla supervisione bancaria, anche la *International Organization of Securities*

[41] V., sinteticamente, G. PRESTI, *Take the «AAA» train: note introduttive sul rating*, in *Analisi giuridica dell'economia* 2012, p. 251 ss., pp. 258 ss. e 262 ss.

[42] A tale riguardo, v., anche per ult. rif. bibl., M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, 2012. Per quanto segue, si rinvia anche a G. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 332 ss.

[43] Queste includono FMI, Banca mondiale, Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico, Banca per i regolamenti internazionali, BCE, Commissione europea.

Commissions, che riunisce le autorità nazionali di regolamentazione dei mercati finanziari di circa 150 Paesi[44].

In termini generali, gli standard elaborati in seno al FSB e agli *standard setting bodies* non sono oggetto di una concertazione politica tra rappresentanti degli esecutivi nazionali, ma la loro formulazione risponde a considerazioni di ordine tecnico, promosse, nei casi che qui interessano, da autorità nazionali che, pur se istituite tramite provvedimenti parlamentari o governativi, godono di un notevole grado di autonomia rispetto agli organi politici. La direzione politica dell'azione avviata sotto l'egida del FSB è oggi esercitata dal G20, il quale, tuttavia, si limita in massima parte a individuare aree di regolazione, indicando solo genericamente i principi ordinatori delle discipline per la cui adozione rinvia agli *standard setting bodies*[45]. È inoltre indubbio che in capo agli organismi nazionali che partecipano a questo processo non sorge un obbligo giuridicamente rilevante nell'ordinamento internazionale ad adeguare agli standard adottati la regolazione delle attività che hanno luogo entro le rispettive sfera di competenza; tanto meno un simile obbligo può essere ricostruito per gli Stati da cui quegli organismi promanano. La loro attività si pone nettamente al di fuori dell'esercizio della funzione normativa esercitata dagli Stati o da organizzazioni intergovernative in seno all'ordinamento giuridico internazionale[46]. Questa circostanza non deve tuttavia indurre a trascurare l'incidenza degli standard sui contenuti delle regolamentazioni nazionali, anche perché il processo che culmina con la loro adozione viene condotto presumendo l'impegno delle autorità coinvolte, informale ma in potenza egualmente efficace, a che le normative nazionali vi si adeguino. Anche da qui la prassi di adottare gli standard in base alla regola del *consensus*[47].

Con specifico riferimento alle agenzie di rating, nel 2008-2010 il

[44] Sui caratteri di questi organismi, v. i contributi pubblicati in BATTINI (a cura di), *La regolazione globale dei mercati finanziari*, Quaderno n. 3 Riv. trim. dir. pubbl., Milano, 2007, oltre a M. DE BELLIS, *op. cit.*, p. 11 ss.

[45] V. la ricostruzione in *op. ult. cit.*, pp. 91 ss. e 415, secondo la quale, almeno nelle fasi iniziali della crisi attuale, il G20 si è, in realtà, limitato ad accogliere le sollecitazioni provenienti dal FSB, dando sostegno politico a determinazioni che questo aveva assunto su piano tecnico, e riconoscendo al *Board* il ruolo di motore del processo di riforma nella regolazione dei mercati finanziari. V. però D. ZARING, *International Institution Performance in Crisis*, in *Chicago JIL* 2010, p. 475 ss. (che diversamente sottolinea la guida politica del G20).

[46] In tal senso vedi anche la recensione di Picone al volume di C. BRUMMER, *Soft Law and the Global Financial System. Rule Making in the 21st Century*, Cambridge, 2012, in *RDI*, 2012, p. 663 ss., p. 671.

[47] V. BRUMMER, *op. cit.*, p. 95 ss.

G20 e la IOSCO hanno promosso un rafforzamento della pertinente disciplina pubblicistica, attraverso l'introduzione di una procedura di registrazione (obbligatoria per le agenzie i cui rating possano essere impiegati a fini regolamentari) e di maggiori poteri di vigilanza in capo delle autorità nazionali[48]. Sul piano sostanziale, è auspicata l'adozione di normative nazionali coerenti con il Codice di condotta elaborato dalla IOSCO già nel dicembre 2004, e rivisto nel 2008 su sollecitazione del *Financial Stability Board*[49], il quale propone una serie di principi e misure di attuazione volte a promuovere, in particolare, la qualità, l'integrità e la trasparenza del processo di rating, l'indipendenza delle agenzie nell'esercizio della loro attività, la soluzione di eventuali conflitti di interesse[50]. Le agenzie di rating sono invitate ad adottare documenti interni che stabiliscano le prassi per dare attuazione alle misure proposte dal Codice, ma senza evidentemente trascurare le eventuali legislazioni nazionali che intervengano a regolare le materie indicate, prevedendo precisi obblighi di comportamento, anche per condotte ulteriori a quelle considerate dalla IOSCO.

A tale riguardo, alcune importante modifiche sono state introdotte nelle legislazioni degli Stati Uniti (con l'approvazione del *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* del 2010)[51] e dell'Unione europea, a seguito dell'approvazione del regolamento 1060/2009[52]. Quest'ultimo, in particolare, ha inciso significativamente

[48] Per il G20, v. *Declaration of the Summit on Financial Markets and the World Economy* del 15 novembre 2008, par. 9; *Action Plan to Implement Principles for Reform*, adottato lo stesso giorno, parr. 56, 57 e 63; *Global Plan for Recovery and Reform* del 2 aprile 2009 par. 15; *Declaration on Strengthening the Financial System* della stessa data, p. 6. Per la IOSCO, v. il par. F.22 degli *Objectives and Principles of Securities Regulation* del giugno 2010.

[49] V. Financial Stability Board, *Report of the Financial Stability Forum on Enhancing Market and Institutional Resilience*, 7 April 2008, p. 34.

[50] V. IOSCO, *Code of Conduct Fundamentals for Credit Rating Agencies* del dicembre 2004 e la successiva versione del maggio 2008.

[51] Pub. L. 111-203, 124 Stat. 1376. La sec. 931 dell'atto apporta alcune modifiche al *Securities Exchange Act* del 1934 (cit. *supra*, nota 31) orientate ad un rafforzamento della vigilanza e all'introduzione di nuovi obblighi di condotta a carico delle agenzie. Per una sintesi, v. Davis Polk, *Summary of the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Enacted into Law on July 21, 2010*, July 21, 2010, p. 75 ss., IMF, *Global Financial Stability Report*, cit., p. 95 ss. (anche per una descrizione di legislazioni similari approvate in altri Paesi).

[52] Cit. *supra*, nota 10. In dottrina v. F. AMTENBRINK, J. DE HAAN, *Regulating Credit Ratings in the European Union: A Critical First Assessment of Regulation 1060/2009 on Credit Rating Agencies*, in *CMLR* 2009, p. 1915 ss.; H. MC VEA, *Credit Rating Agencies, the Subprime Mortgage Debacle and Global Governance: The EU Strikes Back*, in *ICLQ* 2010, p. 701 ss.; J. OSTER, *'Who rates the Raters?' The Regulation of Credit Rating Agencies in the EU*, in *Maastricht Journal* 2010, p. 353 ss.

sulla possibilità che i rating possano essere impiegati a fini regolamentari, aperta solo alle valutazioni proposte da agenzie che si siano sottoposte alla procedura di registrazione ivi contemplata (art. 4, par. 1). L'obbligo si impone anche alle agenzie già riconosciute come ECAI ai sensi della direttiva 2006/48 (preambolo, co. 44), in ragione dei criteri più stringenti introdotti nel 2009 per l'emissione del rating, il cui rispetto è condizione necessaria per ottenere la registrazione (art. 14, par. 4)[53]. Appare significativa l'inversione di rotta rispetto alla posizione che la Commissione aveva assunto solo tre anni prima, quando aveva considerato esaustiva la disciplina proposta dalle direttive all'epoca vigenti, unite alle iniziative di autoregolazione adottate sulla base del Codice IOSCO[54]. Per quanto concerne gli obblighi di condotta, il regolamento del 2009 fissa i requisiti di indipendenza e trasparenza, e relativi alla prevenzione di conflitti di interesse, alla completezza e adeguatezza dei rating cui devono rispondere le agenzie nel costante esercizio della loro attività, senza così voler pregiudicare l'autonomia delle medesime nel definire le metodologie impiegate per attribuire i rating, tantomeno i contenuti di questi ultimi[55].

Parimenti incisive, ai fine della nostra analisi, sono le iniziative volte a una riduzione della significatività dei rating proposti dalle agenzie nel definire il contenuto della condotta cui sono tenuti le banche e altri operatori finanziari. Già nel 2009, il G20 richiedeva al Comitato di Basilea di riconsiderare il peso del metodo standardizzato di valutazione del merito di credito nella disciplina sui requisiti minimi di capitale. In un'accezione più ampia, l'invito è stato accolto dal FSB, che il 27 ottobre 2010 ha adottato i *Principles for Reducing Reliance on CRA Ratings*, coi quali gli organismi transnazionali e le autorità dei singoli

[53] Inizialmente affidata alle autorità nazionali, la procedura di registrazione si svolge oggi innanzi alla Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (AESFEM), istituita con regolamento 1095/2010, in *GUUE* L 331, 15.12.2010, p. 84 ss.

[54] V. doc. cit. *supra*, nota 30.

[55] V. preambolo, co. 23, 58 e art. 23 del regolamento 1060/2009, cit. *supra*, nota 10. La proposta presentata dalla Commissione nel novembre 2011 per una modifica del regolamento (COM(2011) 747 del 15 novembre 2011, in particolare il co. 23 del preambolo e art. 1, co. 14 e co. 18, lett. (*b*)) introduce una nuova modalità di presentazione dei rating. Si prevede infatti la creazione di un "indice europeo di rating" (EURIX), dato dalla media delle valutazioni espresse per un particolare emittente. Elaborato dalla AESFEM, questo sarà impiegato per convertire i giudizi formulati dalle singole agenzie in una unica scala di misurazione e per la costruzione di un indice aggregato. La Commissione, tuttavia, sottolinea come proposito di questa iniziativa è quello di rendere più trasparenti le informazioni comunicate ai mercati, non vietare alle agenzie di ricorrere alle proprie scale di rating o imporre il ricorso a metodologie armonizzare nell'attività di valutazione.

Stati sono invitati a eliminare, nella misura del possibile, i riferimenti ai rating esterni nei pertinenti standard e legislazioni nazionali, per sostituirli con metodi alternativi (principio I). Il documento non nega il rilievo che l'attività delle agenzie può assumere per gli investitori, in particolare quando questi realizzino operazioni poco sofisticate o per un ammontare modesto, ma non per altre tipologie di operatori finanziari, per i quali i rating esterni si ritiene debbano essere solo uno degli elementi da considerare negli accertamenti condotti internamente (principio II).

Sulla scorta di questo documento, tra il 2010 e il 2013 il Comitato di Basilea ha avviato un'ampia attività di ri-regolamentazione, accompagnando le iniziative volte a rafforzare i requisiti regolamentari sull'adeguatezza patrimoniale e la liquidità degli enti creditizi[56], ritenuti necessari per impedire il verificarsi di condizioni di instabilità dei mercati o comunque dotare le istituzioni finanziare degli strumenti di capitale e riserva necessari per far fronte a rischi che queste potrebbero comportare, con misure che si propongono di contrastare il rischio di un eccessivo affidamento da parte degli operatori di mercato ai giudizi delle agenzie di rating nella definizione delle proprie decisioni di investimento[57]. La Commissione europea ha successivamente adottato numerose proposte volte, in primo luogo, a novellare i requisiti prudenziali in senso conforme ai nuovi accordi di Basilea, attraverso un regolamento destinato a sostituire il combinato disposto delle vigenti direttive 2006/48 e 2006/49, nel quale, per altro, i criteri di ponderazione del rischio di credito cui possono ricorrere le banche e le imprese di investimento rinviano ancora anche alle valutazioni effettuate dalle agenzie di rating[58], a condizione che queste siano registrate ai sensi del regolamento 1060/2009. La continuità rispetto all'approccio esistente è

[56] V. il documento *Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking system*, December 2010 (rev June 2011), integrato dal successivo *Basel III: The Liquidity Coverage Ratio and liquidity risk monitoring tools*, January 2013. In dottrina v. H.M. HENNIS, D.A. PRICE, *Basel III and the Continuing Evolution of Bank Capital Regulation*, The Federal Reserve Bank of Richmond Economic Brief EB11-06, June 2011; P. KING, H. TARBERT, *Basel III: An Overview*, in *Banking and Fin. Services Pol'y Rep.* 2012, p. 1 ss.; N. LYNGEN, *Basel III: Dinamics of State Implementation*, in *HILJ* 2012, p. 519 ss. (anche per ult. rif. bibl.)

[57] V. il primo doc. cit. alla nota precedente, p. 51 ss.

[58] V. COM(2011) 452 def. del 20 luglio 2011, e in particolare l'art. 130. L'orientamento generale del Consiglio UE è pubblicato nel doc. 10099/12 del 21 maggio 2012. Nell'adozione di un regolamento, appare evidente l'intento, tra gli altri, di introdurre una normativa uniforme e dotata di diretta applicabilità negli ordinamenti interni, limitando così in misura considerevole la discrezionalità degli Stati di adottare disposizioni nazionali in materia.

compensato, almeno nelle intenzioni del legislatore, recependo le esortazioni del FSB e del Comitato di Basilea e così ponendo in capo alle varie tipologie di istituzioni finanziarie l'obbligo di dotarsi di metodi interni di valutazione del rischio di credito, che non si affidino meccanicamente o automaticamente a rating esterni, anche se proposti da un'agenzia che soddisfi i requisiti di cui al regolamento in ultimo indicato[59]. A garanzia della adeguatezza di questi metodi interni si prevede un rafforzamento dei poteri di vigilanza esercitati in questo ambito delle autorità competenti. Una disciplina coerente viene indirizzata anche alle autorità UE di vigilanza sui mercati finanziari, affinché queste escludano nelle loro raccomandazioni, orientamenti e progetti di norme tecniche riferimenti ai rating che rischino un automatico affidamento a questi ultimi da parte delle autorità nazionali o degli operatori di mercato[60].

Non ha invece avuto alcun seguito la raccomandazione del FSB a che anche le banche centrali nazionali approntino metodologie proprie di valutazione del merito di credito degli strumenti finanziari accettati come garanzie nelle operazioni di politica monetaria, rispetto alla quale la BCE si è limitata a dichiarare una sua generica disponibilità ad adottare giudizi indipendenti[61]. La rilevante disciplina contempla tuttavia alcuni strumenti che limitano l'automatico affidamento della Banca centrale alle valutazioni esterne. In particolare, con cadenza annuale viene calcolato *ex post* il tasso di inadempimento effettivo dei titoli offerti in garanzia, e in caso di scostamento significativo tra questo dato e la probabilità di inadempienza desumibile dai rating assegnati da ciascuna agenzia, può decidersi la correzione della soglia di qualità creditizia applicabile allo strumento finanziario o l'esclusione dell'agenzia dai

[59] V. l'art. 77, lett. (*b*) della direttiva proposta in COM(2011) 453 def. del 20 luglio 2011 che, insieme al regolamento di cui alla nota procedente, dovrebbe sostituire la disciplina sugli enti creditizi e le imprese di investimento oggi contenuta nelle direttive 2006/48 e 2006/49. Per quanto riguarda invece gli organismi d'investimento collettivo e i gestori fondi di investimento alternativi, v. le proposte di modifica delle direttive che ne disciplinano il funzionamento (rispettivamente n. 2009/65, in *GUUE* L 302, 17.11.2009, p. 32 ss. e n. 2011/61, in *GUUE* L 174, 1.7.2011, p. 1 ss.), contenute in COM(2011) 746 def. del 15 novembre 2011. In questo medesimo senso depone il nuovo art. 5 *bis* del regolamento 1060/2009, proposto dalla Commissione nel doc. COM(2011) 747 (cit. *supra*, nota 55), il quale estende l'obbligo in questione anche alle controparti centrali che svolgono funzioni di compensazione sui mercati non regolamenti dei titoli derivati.

[60] V. l'art. 5 *ter* proposto in doc. ult. cit.

[61] V. il principio III.1 del documento del FSB adottato il 27 ottobre 2010 (cit. *supra*, nel testo) e la *Press Release* della BCE dell'8 dicembre 2011.

fornitori di rating accettati dall'Eurosistema[62]. Inoltre, nella prassi la BCE si è avvalsa della propria autonomia regolamentare per consentire che nelle operazioni di politica monetaria potessero essere impiegati strumenti di debito sovrani che non soddisfacevano i requisiti relativi alla soglia minima di qualità creditizia altrimenti applicabili[63].

Un'ultima annotazione concerne l'introduzione di obblighi specifici in capo alle agenzie per quanto concerne l'emissione di rating sovrani. La disciplina vigente manca ad oggi di una regolazione al riguardo, ma una sua integrazione potrebbe trovare giustificazione in due ordini di motivi, il loro carattere *unsolicited* (ovvero resi *motu proprio*, in assenza di una richiesta dell'emittente e sulla base delle informazioni accessibili al pubblico) e gli effetti sui tassi di rendimento che può avere la comunicazione ai mercati di eventuali declassamenti. La proposta di modifica del regolamento 1060/2009 avanzata dalla Commissione nel 2011 è orientata, infatti, non solo a colmare alcune lacune emerse dall'applicazione del medesimo, ma anche a introdurre nuovi obblighi procedurali e di trasparenza sui rating sovrani. In particolare si imporrebbe alle agenzie di procedere ad una loro revisione su scala semestrale, e non annuale, e di accompagnare le comunicazioni ai mercati con una relazione in cui siano indicati dettagliatamente tutti i parametri presi in considerazione per l'emissione del giudizio o per una sua modifica[64].

6. Sovranità economica e partecipazione alle istituzioni finanziarie internazionali in situazioni di crisi

Il declassamento del giudizio di merito di credito deciso dalle

[62] V. il par. 6.3.5 dell'indirizzo BCE 2011/14 cit. *supra*, nota 26. V. la posizione del Parlamento europeo adottata in prima lettura il 16 gennaio 2013 (doc. P7_TA(2013)0012) relativa alla proposta di modifica del regolamento 1060/2009 (COM(2011) 747, cit. *supra*, nota 55), integrata con un invito alla BCE a render conto, in occasione della presentazione del suo rapporto annuale, delle misure adottate per limitare il ricorso a rating esterni nel misurare la qualità creditizia dei titoli che le sono offerti in garanzia (co. 3 *ter*). Il Parlamento è intervenuto anche prevedendo ulteriori misure che, su scala più ampia, prevengano i rischi che derivano da un meccanico affidamento ai rating esterni, prefigurando che entro il 2020 nel diritto derivato dell'Unione essi siano sostituiti da altri metodi di valutazione del merito di credito (nuovo artt. 5 *ter bis* e 39 *ter*).

[63] V. i rif. *supra*, nota 37.

[64] V. la proposta di regolamento, art. 1, co. 10, lett. (*b*) e Allegato I, co. 6, in COM(2011) 747, cit. *supra*, nota 55. Maggiori obblighi di informazione sono invece avanzati dal Parlamento europeo: v. il nuovo art. 8, lett. (*a*) proposto nel doc. P7_TA(2013)0012 del 16 gennaio 2013.

agenzie di rating nei confronti di alcuni Paesi dell'area euro è stato prodromico alla decisione del FMI di accordar loro sostegno di bilancia dei pagamenti, sulla base di quanto disposto dall'art. V del suo Statuto. Il trasferimento di risorse finanziarie e l'adozione di ampi programmi di aggiustamento macroeconomico e strutturale intendevano infatti consentire agli Stati beneficiari di onorare le obbligazioni di pagamento nei confronti di creditori stranieri e, al contempo, avviare riforme di ampia portata volte alla correzione di squilibri ritenuti all'origine di un'elevata esposizione debitoria verso l'estero. Entrambi gli obiettivi apparivano strumentali a ristabilire condizioni di fiducia sui mercati, di modo che nel medio periodo questi potessero riprendere ad operare quali principali fonti di raccolta delle risorse necessarie a finanziare un risanato bilancio dello Stato.

Questa recente prassi solleva alcuni profili di particolare interesse nell'analisi giuridica[65], attinenti alla compatibilità rispetto alle norme dello Statuto del FMI di decisioni di sostegno di bilancia dei pagamenti volte a consentire la correzione di deficit del conto capitale, e non nelle transazioni correnti, alle quali sembra invece riferirsi in misura esclusiva l'accordo del 1944, alla luce soprattutto dei suoi lavori preparatori e della prima prassi applicativa. Una seconda questione concerne invece la legittimità di interventi del Fondo che, ad una prima analisi, sembrano preordinati a sostenere le finanze pubbliche, e non uno squilibrio nei conti con l'estero. Ai fini del presente lavoro, appare tuttavia necessario focalizzare l'attenzione sul rapporto che il Fondo instaura con i Membri che si avvalgono della sua assistenza finanziaria, per verificare se da quest'ultima discenda una limitazione all'esercizio dei poteri sovrani in materia economica fondata su elementi di ordine giuridico.

Il quesito nasce dalla circostanza che il Fondo condiziona il trasferimento di risorse valutarie all'adozione ad opera dei Membri interessati di specifiche misure di politica economica o strutturale. La c.d. politica di condizionalità trova infatti applicazione sin dal 1952[66] e

[65] Per le questioni di seguito indicate, ci sia consentito di rinviare (anche per ult. rif. bibl.) a G. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 314 ss.

[66] Nel febbraio di quell'anno, il Comitato esecutivo approvava infatti una dichiarazione del Direttore generale secondo la quale «… [t]he Fund attitude toward the position of each member should [be] on whether the problem to be met is of a temporary nature and *whether the policies the member will pursue will be adequate to overcome the problem within such a period. The policies, above all, should determine the Fund's attitude*» (corsivo nostro): v. decisione 102-(52/11) del 13 febbraio 1953, in J.K. HORSEFIELD (ed. by), *The International Monetary Fund 1945-1965. Twenty Years of International Monetary Cooperation. Volume III: Documents*, Washington D.C., 1969, p. 228 ss.

risponde a un duplice obiettivo: salvaguardare la natura temporanea dell'assistenza del Fondo, secondo quanto indicato all'alinea (v) dell'art. I dello Statuto, e assicurare che gli Stati adottino misure che consentano la correzione dello squilibrio nei conti con l'estero e, in tal modo, la restituzione al Fondo delle risorse trasferite a loro favore, secondo i termini indicati all'art. V, sez. 7. Essa persegue tuttavia una ulteriore finalità, quella di favorire nei mercati una ripresa della fiducia nei confronti della capacità dello Stato di onorare le proprie obbligazioni di pagamento e, di tal guisa, facilitare un rinnovato accesso ai capitali internazionali. Alla disciplina generale sulla politica di condizionalità, da ultimo deliberata dal Comitato esecutivo del Fondo nel 2002 (c.d. Linee guida sulla condizionalità)[67], si sono uniformati gli interventi coi quali, a partire dal 2008, è stata accordata assistenza finanziaria ad alcuni Paesi dell'area euro e ad altri Membri dell'UE che non partecipano ancora all'unione monetaria[68].

La questione dell'ingerenza del Fondo negli affari economici interni dei suoi Membri è stata ampiamente dibattuta nella dottrina, la quale non manca di esprimere posizioni difformi, attribuendo minore o maggior rilievo a differenti aspetti che, sotto un profilo normativo, procedurale o fattuale, caratterizzano il complesso processo attraverso il quale è conferito il sostegno di bilancia dei pagamenti[69].

[67] V. decisione 12864-(02/102) del 25 settembre 2002, come modificata nel 2006, in IMF, *Selected Decisions and Selected Documents of the International Monetary Fund*, 36th ed., Washington D.C., 2012, p. 335 ss. Una politica generale sulla condizionalità è stata approvata per la prima volta nel 1968 (decisione 2603-(68/132) del 20 settembre 1968, in M. GARRITSEN DE VRIES (ed. by), *The International Monetary Fund 1966-1971. The System under Stress. Volume II: Documents*, Washington D.C., 1976, p. 197 ss.), poi rivista con le Linee guida del 1979 (decisione 6056-(79/38) del 2 marzo 1979, pubblicata in E. DENTERS, *Law and Policy of IMF Conditionality*, The Hague, London, Boston, 1996, p. 283 ss.).

[68] Tra gli Stati membri dell'UE, il sostegno finanziario del FMI è stato accordato a Grecia e Irlanda nel 2010 e al Portogallo nel 2011; *arrangements* sono stati approvati anche a beneficio di Lettonia (2008), Romania (2009) e Ungheria (2008). Per i Paesi dell'area euro, l'intervento è stato deciso congiuntamente all'UE, e le clausole di condizionalità sono state così definite da ciascuno di essi nel corso di trattative con FMI, Commissione europea e BCE (c.d. *troika*). Sui meccanismi di assistenza finanziaria dell'UE si rinvia al contributo di L. Tosato in questo volume; sulle ragioni del coinvolgimento della BCE, v. D. WILSHER, *Law and the Financial Crisis: Searching for Europe's New Gold Standard*, in *ELJ* 2013, doi 10.1111/evlj. 12032, p. 17.

[69] V. i rif. in G. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 180 ss. Nelle pagine che seguono, si fa esclusivo riferimento alle politiche di sostegno di bilancia dei pagamenti applicate nei confronti di Stati che non registrino ritardi nei livelli di sviluppo economico. Nei confronti di questi ultimi possono infatti trovare applicazione politiche speciali (c.d. *concessional facilities*) caratterizzate da taluni elementi di distinzione, attinenti in prevalenza all'applicazione di condizioni finanziarie di maggior favore per quanto

In questo processo, alla richiesta di assistenza finanziaria da parte di un Membro segue una missione *in loco* del Segretariato del Fondo, al termine della quale al Direttore generale dell'organizzazione è inviata una "lettera di intenti", solitamente sottoscritta dal ministro delle finanze e dal governatore della banca centrale (e di norma pubblicata). Questo documento riporta gli obiettivi che saranno perseguiti nel periodo in cui verrà accordato il sostegno finanziario; a questi segue l'indicazione delle misure di politica economica e/o strutturale già adottate allo scopo di mitigare gli effetti negativi derivanti dalla crisi esterna; in un'ottica prospettica, lo Stato riporta la strategia che si propone di seguire allo scopo di riportarsi su posizioni di sostenibilità nel saldo nei conti con l'estero, e i provvedimenti che intende adottare per darvi applicazione. Tra questi ultimi, esso è tenuto a distinguere i c.d. *performance criteria*, ovvero le misure alla cui adozione seguirà l'accesso alle risorse del Fondo. Sino a tempi recenti[70], queste erano espresse in termini di valori quantitativi sui quali avrebbero dovuto attestarsi alcune grandezze macroeconomiche fondamentali (ad esempio, i tassi di interesse, il livello dell'indebitamento dello Stato rispetto alla ricchezza nazionale) (c.d. *outcome-based conditionality*), o in alternativa indicavano l'adozione di specifici provvedimenti legislativi o regolamentari (quali la privatizzazione di uno o più settori dell'economia nazionale, la riforma della disciplina lavoristica, l'adozione di regolamentazioni in materia finanziaria coerenti con gli standard internazionali) (c.d. *action-based conditionality*, o condizionalità strutturale).

Sulla base della lettera di intenti, il Comitato esecutivo del FMI approva un *arrangement*, ovvero la decisione con la quale viene conferito il sostegno di bilancia dei pagamenti. Diversamente dalla lettera di intenti, questo non è pubblicato, ma viene redatto sulla base di un modello standard approvato dal Fondo[71]. Il documento rinvia alla lettera di intenti e richiama alcuni elementi ivi riportati, quali gli obiettivi e le politiche che il Membro interessato intende realizzare, le misure che si propone di adottare in un primo periodo di dodici mesi. Stabilita la

concerne gli interessi che il Membro beneficiario deve corrispondere al Fondo sul prestito accordatogli e i tempi di restituzione del medesimo; talune di queste politiche si riferiscono specificamente al sostegno a favore di Paesi fortemente indebitati verso l'estero e la cui struttura economica nazionale non è idonea a produrre la ricchezza necessaria a far fronte alle obbligazioni finanziarie assunte nei confronti dei creditori esteri. Anche a tale riguardo, ci sia consentito di rinviare a *op. ult. cit.*, p. 206 ss.

[70] V. *infra* la nota 75.

[71] V. i modelli di *arrangement* pubblicati in IMF, *Selected Decisions*, cit., pp. 400 ss. e 404 ss.

durata dell'assistenza[72], la decisione dispone poi circa il trasferimento delle risorse, le quali non sono erogate in un'unica soluzione, ma tramite operazioni successive (c.d. *phasing of purchases*)[73] per un valore complessivo pari all'ammontare indicato nell'*arrangement*. Alla data prevista per ciascuna di queste operazioni, il prelievo di valuta estera è autorizzato dal Comitato esecutivo se il Membro ha rispettato le condizioni previste nell'*arrangement*, individuate rinviando alla lettera di intenti, oltre che ad alcune disposizioni dello Statuto del FMI. Infine, gli *arrangements* impongono un obbligo di consultazioni per l'intero periodo nel quale il Membro beneficia dell'assistenza finanziaria, accompagnato dall'impegno di trasmettere al Fondo le informazioni che

[72] Nella prassi attuale il Fondo approva tre diverse tipologie di *arrangements*, i quali si distinguono per le modalità tramite le quali è conferita l'assistenza finanziaria, tra cui anche la durata del sostegno. Gli *stand-by arrangements* contemplano un impegno del Fondo per un periodo di 12-18 mesi, prorogabili fino ad un massimo di tre anni secondo alcune recenti determinazioni (v. il par. 2 della decisione 12865-(02/102) del 25 settembre 2002, come successivamente modificata, in IMF, *Selected Decisions*, cit., p. 379); gli *extended arrangements* possono invece estendere la loro efficacia sino ad un massimo di quattro anni (v. il par. 3 della decisione 4377-(74/114) del 13 settembre 1974, come successivamente modificata, *op. ult. cit.*, p. 393 ss.); infine, i *flexible credit arrangements* conferiscono assistenza per 12-24 mesi (v. decisione 14283-(09/29) del 24 marzo 2009, come successivamente modificata, *op. ult. cit.*, p. 409 ss.). Diversamente dalle altre due tipologie, questi ultimi sono intesi come strumenti di sostegno "precauzionale" per i quali trova applicazione una politica di condizionalità *ex ante*, dal momento che possono accedervi Membri che soddisfino stringenti requisiti macro-economici e strutturali: v. le considerazioni in G. ADINOLFI, *Le recenti evoluzioni in seno al FMI tra crisi economico-finanziaria e processi di* governance *economica internazionale*, in *DCI* 2011, p. 271 ss., p. 317 ss. e ID., *Poteri e interventi*, cit., p. 320 ss.

[73] Ai sensi dell'art. V dello Statuto, il Fondo accorda la propria assistenza finanziaria tramite operazioni di compravendita di valuta estera contro valuta nazionale, con l'impegno per lo Stato beneficiario di compiere a scadenze predeterminate operazioni di segno opposto, reintegrando le disponibilità del Fondo nelle diverse valute dei suoi Membri. Pur se formalmente non qualificate come un prestito, queste operazioni ne perseguono comunque le finalità, ovvero la cessione per un determinato periodo di tempo e dietro corresponsione di un interesse, di risorse valutarie. La tecnica finanziaria impiegata è quella dei tradizionali accordi di *swap* conclusi dalle banche centrali: un'operazione a pronti di scambio di valute, accompagnata da una pari operazione a termine di segno opposto. A tale riguardo, v. J. FAWCETT, *Trade and Finance in International Law*, in *Recueil des cours* 1968, vol. 123, p. 215 ss., p. 235 ss. e C. DORDI, *Profili giuridici dell'attività di sostegno finanziario del Fondo monetario internazionale: le nuove linee-guida sulla condizionalità*, in *DCI* 2002, p. 863 ss., p. 871, nota 22. Il numero dei prelievi che possono essere effettuati è definito da ciascun *arrangement* in base alle circostanze ricorrenti nel caso di specie, ma non può essere comunque inferiore a due per ciascun periodo di dodici mesi (v. il par. 1 della decisione 7925-(85/38) dell'8 marzo 1985, come successivamente modificata, in IMF, *Selected Decisions*, cit., p. 384 ss.).

questi richieda riguardo ai progressi compiuti nel perseguimento degli obiettivi e nell'adozione delle politiche riportate nella lettera di intenti.

In occasione di revisioni periodiche (programmate di norma alla data prevista per le operazioni di prelievo), il Fondo è infine chiamato a verificare l'attuazione del programma di aggiustamento, anche in vista di una sua modifica tramite la presentazione di una nuova lettera di intenti, e quindi la definizione di nuove modalità secondo le quali la politica di condizionalità è declinata. La valutazione viene condotta prendendo in considerazione, oltre ai *performance criteria*, anche i c.d. *indicative targets* e gli *structural benchmarks* riportati sempre nella lettera di intenti[74]. I primi sono fissati per quel periodo del programma di aggiustamento successivo ai primi dodici mesi, per il quale non è possibile sin dall'inizio introdurre obiettivi certi, per essere tradotti in *performance criteria* solo successivamente, man mano che le previsioni per il futuro appaiono più affidabili. Gli *structural benchmarks* si riferiscono invece a misure di natura strutturale che non possono essere facilmente verificabili e specificate in termini quantitativi, o la cui mancata attuazione non è considerata sufficientemente critica da pregiudicare il prelievo di valuta estera.

7. Limitazioni alla sovranità economica e clausole di condizionalità del FMI: rilievi giuridici e sostanziali

La circostanza che l'erogazione effettiva sia condizionata all'adozione di talune misure o al raggiungimento di obiettivi predeterminati induce a riflettere circa l'ingerenza che il Fondo è in grado di esercitare sull'autonomo esercizio dei poteri di imperio in materia economica da parte dei suoi Membri. Il processo brevemente richiamato e la sua prassi applicativa (cui si sono uniformati i recenti interventi a favore degli Stati parti dell'area euro) hanno infatti sollevato forti critiche. Queste rilevano, in primo luogo, l'adozione in seno al Fondo di un approccio univoco nel definire le condizioni che accompagnano il sostegno di bilancia dei pagamenti, indipendentemente dalle cause specifiche all'origine degli squilibri esterni; gli effetti pregiudizievoli per le economie nazionali derivanti dall'adozione delle misure contemplate dagli *arrangements*; infine, l'eccessiva ingerenza negli affari interni degli Stati che deriva dalla previsione di clausole di condizionalità

[74] Le caratteristiche dei diversi strumenti della politica di condizionalità sono regolate dalle Linee guida del 2002: v. in particolare i parr. 7 e 11 della decisione 12864-(02/102), cit.

strutturale, soprattutto laddove queste contemplino l'adozione di misure che non possono essere ricondotte all'ambito di competenza del Fondo[75].

Alcuni elementi che caratterizzano il processo brevemente richiamato inducono ad affermare che per lo Stato beneficiario del sostegno di bilancia dei pagamenti non deriva alcun obbligo giuridicamente rilevante ad adottare le misure che consentano il soddisfacimento dei *performance criteria* o degli altri elementi della politica di condizionalità.

In primo luogo, l'*arrangement* non può essere considerato di per sé come riproduttivo di un accordo internazionale tra il Fondo e i Membri di volta in volta interessati. L'art. XXX, lett. (*b*) dello Statuto dispone infatti che esso costituisce una decisione dell'organizzazione, escludendo così che esso riproduca anche la volontà degli Stati, oltre quella del Fondo. Anche le Linee guida sulla condizionalità negano che l'*arrangement* sia un accordo internazionale e prevedono che dal suo testo debbano essere esclusi termini che inducano a ritenere che tra le parti venga ad instaurarsi un rapporto di natura contrattuale[76].

Inoltre, pur considerando l'*arrangement* congiuntamente alla lettera di intenti, i due documenti non perfezionano in alcun modo un trattato internazionale tra le parti.

Quanto alla lettera di intenti, le Linee guida sulla condizionalità del 2002 dispongono che essa descrive le «policy intentions» delle autorità nazionali e che dovrebbe rispecchiare gli obiettivi e le strategie delle medesime (par. 3). Ciò appare coerente con la previsione per la quale lo Stato detiene la responsabilità *principale* per la scelta, concezione e

[75] A tale riguardo, si rinvia ai rif. bibl. indicati in G. ADINOLFI, *Poteri e interventi*, cit., p. 194 ss., note 190-192. Queste critiche non sembrano esser state del tutto superate con la decisione del Fondo del 2009 che ha disposto che gli *arrangements* possono condizionare l'accesso all'assistenza al soddisfacimento di *performance criteria* di carattere quantitativo, con la conseguenza che misure strutturali possono essere inserite solo nella veste di *structural benchmarks* (v. decisione 14280-(09/29) del 24 marzo 2009, in IMF, *Selected Decisions*, cit., p. 343). L'attuazione di questi ultimi è infatti oggetto delle revisione periodiche, la cui conclusione positiva è pur sempre necessaria affinché possano essere compiute le operazioni di prelievo di valuta. La principale conseguenza che deriva da questo mutamento di orientamento sta nel fatto che la mancata adozione di provvedimenti strutturali non impedisce al Fondo di esprimere un giudizio positivo, e che quindi per l'accesso alle sue risorse non è necessaria l'approvazione di una deroga, come invece previsto per i *performance criteria* (v. *infra* nel testo).

[76] V. il par. 9 della decisione 12864-(02/102), cit.: «*A Fund arrangement is a decision of the Executive Board* by which a member is assured that it will be able to make purchases or receive disbursements from the Fund in accordance with the terms of the decision during a specified period and up to a specified amount. *Fund arrangements are not international agreements and therefore language having a contractual connotation will be avoided in arrangements and in program documents*» (corsivo nostro).

attuazione delle sue politiche economiche (par. 10). Guardando al contenuto, il documento non contiene alcun riferimento alle consultazioni con il Fondo che hanno preceduto la sua stesura; gli obiettivi e le politiche preordinate al loro perseguimento, i *performance criteria* e gli altri requisiti la cui soddisfazione è qualificata come necessaria per compiere prelievi di valuta estera sono indicati come oggetto di una decisione autonoma dello Stato, ed è assente il ricorso a termini che possano far intendere che questi elementi siano contemplati da un obbligo giuridico assunto nei confronti del Fondo.

Specularmente, l'autonomia del Fondo nel determinare i contenuti delle clausole di condizionalità previste degli *arrangements* è chiarita anch'essa dalle Linee guida del 2002. È infatti ivi previsto che l'organizzazione è titolare della *piena* responsabilità, ovvero delle più ampia discrezionalità, nello stabilire i parametri cui è subordinato l'accesso alle sue risorse. Non può certo trascurarsi che questi parametri sono concretamente formulati rinviando alla lettera di intenti, tuttavia manca un qualsiasi riferimento al fatto che essi siano stati concordati con lo Stato. La previsione specifica nello Statuto e nelle Linee guida per la quale l'*arrangement* è una decisione del Fondo riprova come con ciò si sia voluta escludere una legittimazione dell'organizzazione a regolare sul piano del diritto dei trattati i rapporti con i suoi Membri che si avvalgono dell'assistenza finanziaria.

In terzo luogo, va negato che tramite la lettera di intenti lo Stato intenda vincolarsi giuridicamente ad adottare le misure ivi indicate. Secondo la giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia[77], poi codificata dalla Commissione di diritto internazionale (CDI) nel 2006, un atto unilaterale costituisce fonte di obblighi giuridici rilevanti nell'ordinamento internazionale se, tra l'altro, esso manifesta una precisa intenzione dello Stato in causa ad impegnarsi in tal senso[78]. La posizione di entrambi gli organismi vuole che, nell'accertamento di una simile volontà, da operarsi anche ricorrendo ai criteri interpretativi proposti agli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969,

[77] Per tutti, v. *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment, in *I.C.J. Reports* 1974, p. 457 ss. Per altri rif., anche della dottrina, si rinvia alle note in G. ADINOLFI, *Poteri e interventi*, cit., p. 184 ss.

[78] Altri requisiti previsti dalla CDI si riferiscono alla capacità dello Stato ad assumere obblighi internazionali, alla presenza di una volontà validamente manifestata secondo l'ordinamento internazionale e l'ordinamento interno rilevante (v. *supra*, nel testo) e all'oggetto dell'obbligo, che non deve contravvenire a norme cogenti di diritto internazionale generale: v. i *Guiding Principles applicable to Unilateral Declarations of States capable of creating Legal Obligations*, in *Yb. Int'l L. Comm.* 2006, vol. II, par. 2, New York, Geneva, p. 369 ss., in particolare il par. 7.

debba essere conferito specifico rilievo sia al testo dell'atto (da interpretare restrittivamente in ragione dei limiti all'esercizio dei poteri sovrani che ne deriverebbero), sia alle circostanze nelle quali questo sia stato formulato. Guardando alle lettere di intenti, rileva in primo luogo la loro denominazione, nella quale l'espressione "intenti", pur non di per sé dirimente, aiuta a presupporre che tramite la sottoscrizione dell'atto le autorità nazionali non intendano obbligare su un piano giuridico il loro Stato. Questa considerazione è supportata dall'analisi del testo, ove mancano chiare espressioni che attestino una volontà dello Stato a considerarsi vincolato a tenere il comportamento ivi descritto. E in questo senso depone anche il fatto che il documento sia di norma sottoscritto dal ministro delle finanze e dal governatore della banca centrale: in ragione del contenuto delle politiche previste, l'assunzione di un obbligo internazionale non potrebbe prescindere, in molti casi, dal coinvolgimento degli organi parlamentari, pena l'invalidità dello stesso. Può infatti escludersi che sia soddisfatto il criterio di cui al par. 4 dei Principi approvati dalla CDI nel 2006, per il quale un atto unilaterale produce effetti giuridici nell'ordinamento internazionale solo laddove esso promani da un'autorità competente a rappresentare la volontà dello Stato. Applicando per via analogica la definizione di ministro plenipotenziario codificata all'art. 7 della Convenzione di Vienna del 1969, potrebbe essere riconosciuta un'ampia legittimazione ad agire in tal senso al capo di Stato o di governo, oltre che al ministro degli esteri, ma non anche ad altre cariche, se non limitatamente a questioni che ricadono nelle loro specifiche competenze. In ragione di ciò può essere messa in dubbio la capacità del ministro delle finanze o del governatore della banca centrale ad impegnare lo Stato ad adottare misure che diano attuazione a *performance criteria* o *structural benchmarks* relativi a materie che non ricadono entro i limiti delle loro competenze materiali e in merito alle quali essi non dispongono di autonomia decisionale. In termini più generali, va poi considerato il carattere strutturale di molte misure, in ordine alle quali l'ordinamento interno dello Stato di volta in volta interessato può contemplare la riserva di legge o comunque la consultazione dell'organo parlamentare.

In definitiva, la regolazione giuridica che trova applicazione nei rapporti tra il Fondo e un suo Membro che acceda al sostegno di bilancia dei pagamenti è data in misura esclusiva dall'*arrangement* approvato dal Comitato esecutivo, oltre che dalle disposizioni dello Statuto e dalle politiche generali di assistenza finanziaria sulla cui base interviene la decisione del Fondo. Quest'ultima sancisce in primo luogo il diritto dello Stato a compiere prelievi di valuta estera: ne deriva che se le misure

previste come *performance criteria* sono soddisfatte e le revisioni periodiche si concludono con una valutazione positiva, non può allora negarsi il diritto dello Stato al trasferimento di risorse a suo favore, il cui esercizio non può essere in alcun modo precluso dal Fondo[79]. Controverso è se il rispetto dei *performance criteria* sia oggetto di un obbligo giuridico. Il testo della decisione al riguardo dispone che «[the member] will not make purchases under this … arrangement … during any period in which the data at the end of the preceding period indicate that», per esempio, «the limit on net international reserve described … in the letter of intent is not observed»[80]. La norma è formulata in termini che portano ad escluderne la portata prescrittiva, e tali per cui la mancata adesione a una delle condizioni previste nella lettera di intenti non viene a configurarsi come un atto illecito e la sospensione dell'assistenza non può intendersi come una sanzione decisa dall'organizzazione. Piuttosto, l'incongruenza tra le politiche nazionali materialmente seguite e le clausole di condizionalità costituisce un mero dato fattuale, e l'interruzione dei trasferimenti opera automaticamente a seguito del suo verificarsi. Certo, non senza conseguenze di ordine giuridico, data l'impossibilità per lo Stato di invocare e pretendere il rispetto del suo diritto ad accedere alle risorse del Fondo. L'interesse dello Stato al sostegno nei conti con l'estero non è comunque pregiudicato, dal momento che al termine di consultazioni tra le parti l'organizzazione può acconsentire ad una ripresa dei pagamenti, nel caso in cui sia approvata una deroga alle clausole di condizionalità[81] o a seguito di una modifica del programma di aggiustamento[82].

Le conclusioni cui si è giunti non devono tuttavia indurre a trascurare i fattori di ordine materiale che influenzano in misura considerevole la decisione dello Stato di tenere una condotta coerente con le clausole di condizionalità.

Il programma di aggiustamento previsto nella lettera di intenti, formalmente proposto dallo Stato, è in realtà oggetto di un negoziato col Fondo, e i suoi contenuti sono definiti anche sulla base di una bozza presentata dal Segretariato, ovvero di un'autonoma valutazione delle possibili cause e dimensioni dello squilibrio esterno e della capacità dello Stato di giungere a una sua correzione[83]. La situazione di grave

[79] V. congiuntamente i parr. 1 e 3 dei modelli di *arrangement* cit., *supra*, nota 71.
[80] V. i parr. 3 dei documenti cit. alla nota precedente.
[81] V. il par. 12 della decisione 12864-(02/102), cit.
[82] V. l'ultimo comma dei parr. 3 dei documenti di cui alla nota 70.
[83] V. M. MUSSA, M. SAVASTANO, *The IMF Approach to Economic Stabilization*, IMF Working Paper WP/99/104, Washington D.C., 1999, p. 10 e E. RIESENHUBER, *The*

emergenza in cui incorrono le economie nazionali e la necessità di avere accesso entro breve tempo a risorse valutarie influisce in misura considerevole sull'esito di queste trattative, privando lo Stato della possibilità di agire su un piano di parità sostanziale nei confronti della controparte.

Inoltre, il mancato carattere prescrittivo delle clausole di condizionalità incluse negli *arrangements* e l'assenza di un meccanismo giuridicamente fondato di reazione a un illecito non devono indurre a trascurare la forza sostanziale della decisione del Fondo. Questa deriva dalle conseguenze di ordine materiale che viene a subire lo Stato che si discosta dai *performance criteria* o dagli *structural benchmarks*. La sospensione dei trasferimenti valutari può portare a una situazione di illiquidità nei confronti di partner commerciali o di creditori che abbiano sostenuto la spesa e gli investimenti nel settore pubblico e/o privato; il pregiudizio diviene ancor più grave se all'inadempimento di obbligazioni contrattuali verso l'estero segue una modifica delle aspettative dei mercati, condizionate anche da eventuali declassamenti decisi dalle agenzie di rating, e così la chiusura dell'accesso ai mercati internazionali dei capitali. La sanzione giuridica è così sostituita da una sanzione che opera su un piano strettamente materiale, e tale da indurre lo Stato ad uniformare la propria condotta a quanto previsto nell'*arrangement*. In definitiva, è sul piano delle relazioni fattuali e non su quello dei rapporti giuridici che la decisione del Fondo impone la propria forza prescrittiva e determina così i contenuti delle politiche economiche e strutturali nazionali.

8. Conclusioni

Lo studio proposto è stato mosso dall'intento di individuare i limiti ad un esercizio autonomo dei poteri sovrani in materia economica che taluni Stati hanno incontrato in occasione dell'attuale crisi economico-finanziaria globale. L'analisi si è focalizzata su due profili specifici, pur se all'apparenza estranei, il peso dell'attività delle agenzie di rating nel determinare condizioni di instabilità sui mercati finanziari e la politica di condizionalità del FMI: la premessa di fondo è stata infatti l'osservazione di un «vicious circle between banks and sovereigns», messo in

International Monetary Fund under Constraint. Legitimacy of its Crisis Management, The Hague, London, Boston, 2001, p. 275. V. anche il par. 7 del document IMF, *Operational Guidance to IMF Staff on the 2002 Conditionality Guidelines. Revised*, 25 January 2010.

moto anche dalle agenzie e per interrompere il quale alcuni Stati hanno ritenuto necessario ricorrere all'assistenza finanziaria del Fondo.

Quanto alle agenzie di rating, l'osservazione si è concentrata in modo particolare sulla valenza giuridica riconosciuta alla loro attività nelle legislazioni nazionali di molti Paesi, in modo particolare nel diritto derivato dell'Unione europea. Dall'analisi emerge infatti come i regolatori abbiano circoscritto le operazioni che possono svolgersi entro determinati mercati finanziari o imposto agli operatori finanziari il rispetto di requisiti stringenti nell'esercizio della loro attività rinviando direttamente ai giudizi di merito di credito elaborati in seno alle agenzie, fino a giungere a porre questi ultimi quali parametri normativi di riferimento nel regolare le modalità di esercizio dei poteri di politica monetaria della BCE. Riguardo ai requisiti minimi di capitale delle banche e delle imprese di investimento, la rilevante disciplina dell'Unione è stata elaborata per dare attuazione agli standard approvati dagli organismi transnazionali che riuniscono le autorità nazionali competenti per la vigilanza e la regolazione dell'attività bancaria: pur non dovendo rispondere ad un obbligo giuridicamente efficace nell'ordinamento internazionale, sono state egualmente riportate nel diritto dell'Unione le determinazioni ivi raggiunte, nell'intento di contribuire alla stabilità dei mercati finanziari e di creare un *level-playing field* nel quale gli enti finanziari possano operare su scala globale nel rispetto di regole improntate a principi uniformi. Tuttavia l'uso regolamentare dei rating ha contribuito ad amplificare gli effetti contagio della crisi in atto, sulla stabilità dei mercati finanziari e sulla crescita dell'economia reale degli Stati.

Nel quadro di una riforma complessiva della regolazione dei mercati finanziari, quest'ultima osservazione ha indotto a contemplare anche iniziative volte a limitare il rinvio ai rating nelle discipline nazionali e dell'Unione. In questo ambito, il FSB ha esercitato un ruolo propulsore con l'adozione, nel 2010, dei *Principles for Reducing Reliance on CRA Ratings*, fondati su valutazioni di ordine tecnico, prevalenti in quel consesso in ragione della sua specifica composizione, ma a ulteriore testimonianza dell'influenza che anche organismi transnazionali tecnici possono esercitare sui contenuti delle legislazioni nazionali. La valutazione politica in seno al G20 di questo nuovo orientamento regolamentare è stata ininfluente: intervenuto in una fase successiva all'adozione dei principi, il G20 si è limitato a darvi il proprio avallo[84]. Nell'Unione europea, i principi del FSB si sono tradotti in talune

[84] V. *The Seoul Summit Document* del 12 novembre 2010, par. 37.

proposte legislative, che promuovono il ricorso, da parte degli investitori istituzionali, a metodi interni di misurazione del merito del credito, riducendo così il grado di affidamento automatico ai giudizi delle agenzie di rating, i quali si dovrebbero configurare solo come uno dei fattori da prendere in considerazione nell'elaborare valutazioni autonome.

Appare tuttavia contraddittorio che, al contempo, il Comitato di Basilea abbia adottato una rinnovata disciplina in materia bancaria nella quale, rafforzati i requisiti patrimoniali e di liquidità, si osserva una stretta continuità rispetto al passato, perché, nel quantificare i fondi propri e le riserve di liquidità di cui debbono dotarsi gli enti creditizi, è ancora operato un rinvio ai rating esterni. Similmente, anche la proposta avanzata dalla Commissione di costruire un indice europeo di rating[85], sintesi dei giudizi proposti dalle agenzie registrate nell'UE ai sensi del regolamento 1060/2009, pur apprezzabile nello sforzo di maggior trasparenza che si persegue, può indurre a un maggior affidamento a valutazioni esterne. Esso rappresenterebbe infatti un indicatore ancor più sintetico (quindi più facilmente accessibile) del grado di rischiosità degli investimenti.

L'antinomia tra l'interesse privato perseguito dalle agenzie di rating (di massimizzazione dei profitti e, quindi dei ricavi derivanti dal pagamento dei servizi offerti a soggetti emittenti) e gli interessi collettivi che orientano invece l'azione normativa dell'UE e degli Stati, potrebbe essere superata con l'istituzione di un ente di rating "europeo", come proposto dal Parlamento europeo nel giugno 2011 e poi nel 2013, quanto meno per i rating sovrani[86]. La maggiore indipendenza nella valutazione sarebbe garantita dal superamento del modello *issuer-pays* che oggi domina il mercato dei rating. La proposta tuttavia non ha trovato seguito in seno alla Commissione, la quale non ha mancato di sottolineare i conflitti di interesse che potrebbero sorgere anche per l'agenzia europea, soprattutto nell'emissione di giudizi di merito di credito sovrano[87].

La Commissione segue un orientamento profondamente differente rispetto a quello del Parlamento, in particolare nell'indicare, quale misura per migliorare la qualità dei rating (quindi il loro grado di affidabilità anche a fini regolamentari), tra le altre, l'apertura del relativo

[85] V. *supra*, nota 55.

[86] V. *European Parliament resolution of 8 June 2011 on credit rating agencies: future perspectives* (2010/2302(INI)), par. 21 e doc. P7_TA(2013)0012 del 16 gennaio 2013, nella parte relativa all'integrazione nel regolamento 1060/2009 di un nuovo art. 39 *ter*.

[87] V., anche per quanto segue, doc. COM(2011) 747(cit. *supra*, nota 55), p. 13 ss.

mercato a una maggiore concorrenza e a nuovi operatori: le agenzie sarebbero così indotte a perseguire standard sempre più elevati di qualità nelle proprie valutazioni per occupare posizioni di mercato rilevanti. Un ulteriore deterrente ad adottare pratiche fraudolente sarebbe la previsione di uno regime di responsabilità civile a carico delle agenzie che commettano, intenzionalmente o per negligenza grave, una violazione degli obblighi di condotta previsti dal regolamento 1060/2009 che incida sul rating sul quale un investitore abbia fondato le proprie decisioni di collocazione del risparmio[88]. In tal modo, tuttavia, non viene superata l'antinomia indicata nell'uso regolamentare dei rating, perché permane l'interesse privato del soggetto la cui attività viene considerata parametro di riferimento per definire in modo giuridicamente rilevante il comportamento che si impone agli operatori finanziari. Questo punto sembra invece esser stato colto dalla proposta presentata dal Parlamento europeo nel 2013, ove si chiede alla AESFEM di valutare e riferire alla Commissione sull'opportunità di un'analisi *ex post* (*mapping*) dei rating proposti dalle agenzie[89]. Questo potrebbe intendersi come un primo passo verso l'introduzione di un meccanismo di controllo assimilabile a quello operante nell'Eurosistema per la valutazione della qualità creditizia degli strumenti finanziari offerti in garanzia alla BCE nel quadro delle operazioni di politica monetaria[90].

In definitiva, appare evidente la contrapposizione tra le due istituzioni, nella quale la Commissione, che partecipa ai lavori degli

[88] V. l'art. 1, co. 20 del regolamento proposto in doc. ult. cit. V. però al riguardo la pronuncia della Corte di Cassazione, la quale ha rilevato il difetto di giurisdizione del giudice italiano nel quadro di un ricorso promosso nei confronti di Standard and Poors' e Moodys' (Cass. civ. Sez. Unite, Ord., 22 maggio 2012, n. 8076). I ricorrenti lamentavano di aver subìto un danno patrimoniale per aver investito in alcuni titoli per i quali, in occasione della recente crisi economico-finanziaria, le due agenzie di rating avevano mantenuto un giudizio di merito di credito errato, e avevano tardato ad adottare una decisione di declassamento. Dando applicazione all'art. 5, par. 3 del regolamento 44/2001 (in *GUCE* L 12, 16.1.2001, p. 1 ss.), ove, in materia di illeciti civili dolosi o colposi, è sancita la giurisdizione del giudice del luogo nel quale si è verificato l'evento dannoso, la Corte suprema ha affermato che tale non è il luogo in cui è stato effettuato l'investimento, come proposto dalle ricorrenti, quanto quello in cui è avvenuta la lesione dei diritti della vittima, ovvero nel caso di specie l'acquisto dei titoli in causa. Poiché questo era occorso fuori dall'Italia, la giurisdizione del giudice italiano è stata negata. Sulla responsabilità delle agenzie e i suoi profili internazionalprivatistici, v. M.V. BENEDETTELLI, *La responsabilità civile delle agenzie di rating tra conflitti di leggi e conflitti di giurisdizioni*, in *Analisi giuridica dell'economia* 2012, p. 475 ss. e G. PONZANELLI, *Quando sono responsabili le agenzie di rating*, *ibidem*, p. 441 ss.

[89] V. doc. P7_TA(2013)0012 del 16 gennaio 2013, nella parte relativa all'integrazione nel regolamento 1060/2009 di un nuovo art. 21, par. 4 *ter*.

[90] V. *supra*, il testo che precede la nota 62.

organismi transnazionali di regolazione dei mercati finanziari, è favorevole sì a un rafforzamento della disciplina pubblicistica, ma senza riportare ad enti dell'Unione la competenza a formulare indicatori sintetici di misurazione della solvibilità di un emittente, attività rimessa invece a soggetti privati; laddove il Parlamento europeo, in virtù della sua specifica composizione, appare più sensibile a una tutela di interessi collettivi che veda il soggetto pubblico (l'Unione) intervenire non più solo nella veste di regolatore.

Con riferimento alla politica di condizionalità del FMI, l'analisi condotta ha evidenziato come l'ingerenza che tramite di essa viene esercitata sulle politiche economiche nazionali si spieghi non su un piano giuridico, stante l'assenza per gli Stati di un obbligo ad adottare le misure alle quali è subordinata l'erogazione di risorse finanziarie, quanto su un piano fattuale. La sanzione materiale in cui altrimenti incorrerebbero (ovvero l'esclusione dai mercati internazionali dei capitali per il finanziamento del bilancio pubblico) è foriera di conseguenze tali da indurre ad uniformarsi alle clausole di condizionalità.

Secondo una diversa prospettiva, emerge tuttavia come la responsabilità internazionale dello Stato in causa può insorgere quando vengano adottate misure coerenti con il disposto degli *arrangements* del Fondo. Una simile considerazione è in larga parte ininfluente sulle decisione delle autorità nazionali di governo dell'economia, ma all'osservatore giuridico non può sfuggire, anche alla luce della prassi più recente.

A tale riguardo, due ambiti materiali vengono in rilevo. Il primo rinvia al tradizionale approccio seguito dalla dottrina internazionalpubblicistica, la quale si è concentrata in misura prevalente sulla compatibilità delle clausole di condizionalità del FMI con norme internazionali in materia di tutela dei diritti umani al cui rispetto gli Stati sono tenuti a beneficio degli individui sottoposti alla loro giurisdizione[91]. Ampi ed articolati sono così gli studi che si propongono di ricostruire il regime di responsabilità in cui questi potrebbero incorrere, se non lo stesso Fondo monetario internazionale, nella misura in cui anch'esso possa essere considerato destinatario di obblighi di rispetto della dignità umana. I recenti interventi del FMI a favore degli Stati dell'area euro sono stati però accompagnati da decisioni del Consiglio dell'Unione con le quali anche quest'ultima ha accordato il sostegno finanziario in

[91] Per tutti, v. P. DE SENA, *Fondo monetario internazionale, Banca mondiale e rispetto dei diritti dell'uomo*, in G. SACERDOTI, A. LIGUSTRO (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia*. Liber amicorum *in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011, p. 829 ss.

applicazione di autonomi meccanismi di assistenza. Questo nuovo elemento della prassi potrebbe indurre a proseguire nella riflessione per accertare il possibile rilievo, quale parametro di legittimità di queste azioni dell'Unione, della Carta europea sui diritti fondamentali di Nizza del 2001, integrata nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea con l'entrata in vigore del trattato di revisione di Lisbona del 2007[92].

Il sostegno accordato dalla Grecia nel febbraio 2012 contiene una particolare clausola di condizionalità, inerente alla ristrutturazione dei titoli del debito pubblico, posta dal Comitato esecutivo quale azione preventiva, la cui mancata esecuzione avrebbe impedito l'adozione di un nuovo *arrangement*. Il Parlamento greco ha così approvato il 23 febbraio 2012 il *Greek Bondholders Act*, in applicazione del quale la ristrutturazione è stata compiuta nei confronti di tutti i creditori, nazionali e stranieri, anche di quanti non avevano prestato il proprio consenso all'offerta di scambio[93]. Due sono i profili di responsabilità internazionale che possono emergere. Il primo tiene in considerazione della possibilità che le controparti nei rapporti di debito muovano un ricorso innanzi ai tribunali competenti per lamentare la violazione del diritto di proprietà, come tutelato dagli accordi internazionali sulla tutela diritti umani[94]. Un secondo ambito materiale è quello del diritto internazionale degli investimenti. In generale, laddove la ristrutturazione coinvolga anche creditori stranieri, nel caso in cui questi non prestino il proprio consenso all'offerta di scambio senza poi ottenere l'esecuzione delle prestazioni finanziarie originarie loro dovute (come avvenuto per alcuni investitori italiani che non hanno partecipato alla ristrutturazione del debito pubblico avviata unilateralmente dall'Argentina nel 2005 e nel 2010) o in cui, pur assenza del loro consenso, la ristrutturazione sia egualmente efficace nei loro confronti (nel caso, ad esempio, di taluni creditori della Grecia nel 2012), possono venire in rilievo gli obblighi assunti dallo Stato debitore in base ad accordi bilaterali di investimento. Tali accordi fissano in particolare obblighi di trattamento dell'investi-

[92] V. al riguardo L. MOLA, *Profili di compatibilità delle misure di austerità con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, intervento al convegno CIDOIE "La crisi del debito sovrano degli Stati dell'area euro: profili giuridici", Milano, 14 novembre 2012, in corso di pubblicazione.

[93] Ci sia consentito di rinviare nuovamente a G. ADINOLFI, *Poteri e interventi*, cit., p. 427 ss., in particolare p. 430 ss.

[94] V. al riguardo M. FRIGO, *Le operazioni di ristrutturazione del debito obbligazionario alla luce delle norme CEDU in materia di diritto di proprietà*, intervento al convegno CIDOIE "La crisi del debito sovrano degli Stati dell'area euro: profili giuridici", Milano, 14 novembre 2012, in corso di pubblicazione.

mento e dell'investitore straniero, e contengono specifiche disposizioni in materia di espropriazioni.

Pur se l'*International Centre for the Settlement of Investment Dispute* non si è mai espresso riguardo a questa specifica fattispecie materiale, non può sottovalutarsi la recente pronuncia di un suo tribunale, con la quale è stato dichiarato ricevibile il ricorso contro l'Argentina promosso da un gruppo di obbligazionisti italiani che hanno seguito una strategia di *hold out*[95]. In particolare, il collegio giudicante ha riportato l'acquisto di titoli del debito pubblico sia alla nozione di "investimento compiuto nel territorio dell'Argentina" cui si estende la tutela offerta dall'accordo bilaterale di investimento tra Italia e Argentina del 1990, la cui violazione è allegata dai ricorrenti, sia alla sfera di efficacia dell'art. 25, par. 1 della Convenzione di Washington del 1965 istitutiva dell'ICSID[96]. Particolarmente controversa[97], la decisione ha così aperto la possibilità che uno Stato che dia esecuzione ad un'offerta di scambio di titoli del debito pubblico per soddisfare le condizioni per avere accesso all'assistenza del Fondo possa essere convenuto innanzi a un tribunale ICSID per violazione di norme internazionali in materia di trattamento degli investimenti esteri.

[95] *Abaclat and others* v. *The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, *Decision on Jurisdiction and Admissibility*, 4 agosto 2011.

[96] 555 *U.N.T.S.* 159. La norma dispone che la procedura ICSID può essere attivata in caso di controversie giuridiche che derivano direttamente da un investimento e per la soluzione delle quali lo Stato convenuto e l'investitore ricorrente abbiano prestato il proprio consenso.

[97] V. l'opinione dissenziente al giudizio dell'agosto 2011 proposta dal giudice Abi-Saab, *Abaclat and others* v. *The Republic of Argentine*, ICSID Case No. ARB/07/5, *Dissenting Opinion of Professor George Abi-Saav*, 28 ottobre 2011.

PRIMA SESSIONE PARALLELA

UNIONE EUROPEA E DIRITTO DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE

UNIONE EUROPEA ED INVESTIMENTI DIRETTI ESTERI

Fabrizio MARRELLA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'elaborazione del diritto UE degli investimenti diretti esteri nel quadro della nuova architettura istituzionale: *fluctuat nec mergitur* … – 3. La sorte degli accordi bilaterali sugli investimenti conclusi tra Stati membri (c.d. *BITs intra-UE*). – 3.1. L'applicabilità del Trattato sulla Carta dell'energia alle situazioni intracomunitarie. – 4. La sorte dei BITs già in vigore tra Stati membri e Stati terzi. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Tra le innovazioni più significative introdotte dal Trattato di Lisbona in materia di politica commerciale comune, si rileva che il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (d'ora in avanti TFUE) ha attribuito all'Unione europea la competenza espressa ed esclusiva in materia di investimenti diretti esteri[1].

* Università "Cà Foscari" Venezia ed *European Inter-University Center for Human Rights and Democratisation* (EIUC).

[1] L'art. 3, par. 1, lett. *e*, TFUE stabilisce che la UE ha competenza esclusiva nel settore della politica commerciale comune. A propria volta, l'art. 207, par. 1, TFUE, dispone che: "[l]a politica commerciale comune è fondata su principi uniformi, in particolare per quanto concerne le modificazioni tariffarie, la conclusione di accordi tariffari e commerciali relativi agli scambi di merci e servizi, e gli aspetti commerciali della proprietà intellettuale, gli investimenti esteri diretti, l'uniformazione delle misure di liberalizzazione, la politica di esportazione e le misure di protezione commerciale, tra cui quelle da adottarsi nei casi di dumping e di sovvenzioni. La politica commerciale comune è condotta nel quadro dei principi e obiettivi dell'azione esterna dell'Unione". La competenza in materia di investimenti diretti esteri, nel quadro della politica commerciale comune, emerge formalmente per la prima volta quale competenza espressa ed esclusiva all'art. III-315 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (in *GUUE* C 310 del 16 dicembre 2004, p. 142), il quale tuttavia non è entrato in vigore. Al riguardo, va comunque osservato che una competenza esterna, a carattere almeno concorrente con quella degli Stati membri, poteva essere riconosciuta alla CE in base alla teoria dei poteri impliciti muovendo dalle norme sulla libera circolazione (interna) dei capitali in combinazione con quelle esistenti in materia di politica commerciale comune. Militano in tal senso, sia pure *mutatis mutandis*, il celebre *dictum* della Corte di giustizia nel caso *AETS* (sentenza del 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione c. Consiglio,* in *Racc*. 1971, p. 263, punti 12-19 e cfr. GIARDINA, *Sulla competenza a stipulare della Comunità economica europea*,

Le ragioni sottese a detto ampliamento di competenze sono ben note: da tempo la UE ha assunto il ruolo di primo attore mondiale, sia in termini di destinazione degli investimenti diretti esteri, sia in termini di investimenti diretti presso Stati terzi[2]. Inoltre, è emerso con sempre maggiore evidenza, sia nella prassi che in dottrina, che la disciplina del commercio internazionale e quella degli investimenti diretti esteri sono intimamente collegate[3]. L'espansione delle competenze UE in materia di investimenti appare, altresì, come una necessità geopolitica, stante la competizione economica globale, particolarmente accesa tra macro-Stati (quali USA, Cina, India e Brasile), e la perdita di potere negoziale dei singoli Stati membri UE, inclusa l'Italia che, complice anche la crisi economica globale, da *BIT maker* rischia di diventare un Paese *BIT taker*.

Se la UE è il primo attore del commercio mondiale, non v'è dubbio che la centralizzazione delle competenze in capo ad essa (anche) in materia di investimenti diretti esteri, costituisca una necessità per promuovere più efficacemente gli interessi degli Stati membri non più *uti singuli* bensì *uti socii*, interessi che, peraltro, non sono solo economici ma anche non economici, secondo quanto viene indicato dalle disposizioni generali sull'azione esterna dell'Unione di cui all'art.21 del TUE[4]. Quest'ultima norma indica quale paradigma dell'azione esterna, anche nel settore della politica commerciale comune e quindi anche in materia di investimenti diretti esteri, "democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità uma-

in *RDI,* 1971, pp. 609-623 e TIZZANO, in *Foro it.,* 1971, IV, c. 339-362, nonché in ADAM, TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione europea*, 2 ed., Torino, 2010, p. 28 ss.); il parere del 26 aprile 1977, n. 1/76 (*Racc*. 1977, p. 755); nonché, più recentemente, le sentenze *Open sky* del 5 novembre 2002, cause riunite C-467/98, C-468/98; C-471/98, C-472/98, C-475/98 e 476/98, *Commissione* c. *Danimarca, Svezia, Belgio, Lussemburgo, Austria e Germania*, in *Racc.* 2002, I-9519, I-9575, I-9681, I-9741, I-9797, I-9855.

[2] Lo riporta la Commissione europea al sito: http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/trade-topics/investment/ Cfr. il *World Investment Report 2012* dell'UNCTAD al sito: http://unctad.org/en/Pages/DIAE/World% 20Investment% 20Report/WIR2012_WebFlyer.aspx (consultato il 20/03/2013).

[3] Si consenta di rinviare a GALGANO, MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, 3 ed., Padova, 2011, ove ulteriori riferimenti.

[4] Emblematico del nuovo corso dell'azione esterna dell'Unione, l'art.21 TUE prevede che l'Unione, *inter alia*: "definisce e attua politiche comuni e azioni e opera per assicurare un elevato livello di cooperazione in tutti i settori delle relazioni internazionali al fine di:…*e)* incoraggiare l'integrazione di tutti i paesi nell'economia mondiale, anche attraverso la progressiva abolizione delle restrizioni agli scambi internazionali", nonché "*h)* promuovere un sistema internazionale basato su una cooperazione multilaterale rafforzata e il buon governo mondiale".

na, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale".

È noto che la materia degli investimenti diretti esteri, effettuati da persone private fisiche e giuridiche in uno Stato diverso da quello di cui hanno la nazionalità, si colloca all'interno del settore del diritto internazionale avente ad oggetto il trattamento degli stranieri e dei loro beni, costituendone uno sviluppo peculiare, caratteristico della seconda metà del '900[5].

È infatti a partire dalla fine degli anni '50 del secolo scorso che gli Stati – ed in particolare gli Stati che oggi sono membri della Unione – hanno elaborato apposite norme di diritto internazionale pattizio in materia di ammissione, trattamento, protezione e garanzia degli investimenti diretti esteri. Dette norme, a cui si collegano pure quelle circa la disciplina delle espropriazioni e delle nazionalizzazioni di beni stranieri, sono state previste soprattutto in trattati bilaterali al fine di salvaguardare l'esistenza e la consistenza nel tempo degli investimenti diretti esteri limitando, di conseguenza, la sfera di libertà dello Stato ospite nell'esercizio della propria sovranità economica e territoriale. A tali norme di diritto materiale sono state affiancate altre norme volte a regolare la risoluzione delle controversie nascenti dai BITs in via arbitrale: norme attivabili direttamente dall'investitore straniero nei confronti dello Stato ospite[6].

Per le stesse ragioni e a differenza di quanto è avvenuto in materia commerciale attraverso l'istituzione della Organizzazione mondiale del

[5] In argomento, *inter multos*, v. GIARDINA, *Gli accordi bilaterali sugli investimenti e l'accordo interamericano di libero scambio*, in *Enc. idrocarburi*, Treccani, IV, 2007, p. 539 ss. e i riferimenti *ivi* citati. V. pure, con vari accenti e tra una vasta letteratura, CARREAU, JUILLARD, *Droit international économique*, Parigi, 5 ed., 2013, p. 432 ss.; MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, Milano, 1989; MARCHISIO, voce *Investimenti esteri nel diritto internazionale*, in *Dig. pub.*, 1993, pp. 567-588; JUILLARD, *L'évolution des sources du droit des investissements,* in *RCADI*, 1994, v. 250, pp. 9-216; SACERDOTI, *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, in *RCADI*, 1997, v. 269, pp. 251-469; MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e sulla protezione degli investimenti*, Torino, 2003; BENCHENEB, *Sur l'évolution de la notion d'investissement,* in *Mélanges Ph. Kahn*, Paris, 2000, p. 177 ss. ; DOLZER, SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, p. 79 ss.; DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims,* Cambridge, CUP, 2009; SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, Oxford, OUP, 2010; GALGANO, MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, *op. cit.,* A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, 3 ed Padova, 2010, p. 310 ss.; nonché FOCARELLI, *Diritto internazionale*, 2 ed., I, Padova, 2012, p. 627 ss. e rif. *ivi* citati.

[6] In argomento si consenta di rinviare a MARRELLA, *L'individu et le droit international économique*, in *Le droit international économique à l'aube du XXIe siècle*, a cura di SOREL, Paris, 2011, pp. 191-238 ove riferimenti.

commercio, la materia degli investimenti diretti esteri (d'ora in avanti IDE) si è dimostrata particolarmente sensibile nell'ottica dei singoli Stati – ed anche della c.d. società civile – com'è dimostrato dal clamoroso fallimento di ogni tentativo, sinora perseguito, volto a regolare questo settore attraverso uno strumento multilaterale a vocazione globale[7].

Così, l'Unione Europea, conformemente all'art. 2, par. 1, TFUE, è stata dotata delle competenze necessarie per porre in atto una politica commerciale comune in grado di gestire adeguatamente le molteplici problematiche nascenti dal commercio internazionale contemporaneo[8].

Orbene, combinando le norme di cui sopra con quelle che, formalmente, attribuiscono la personalità giuridica di diritto internazionale alla UE[9], non v'è dubbio che quest'ultima sia un ente abilitato a stipulare accordi internazionali bilaterali e multilaterali in materia di investimenti diretti esteri con Stati terzi.

[7] Basti pensare ai risultati dei negoziati dell'Uruguay Round ove la materia degli investimenti diretti esteri ha ricevuto solo una disciplina parziale ed embrionale attraverso l'accordo TRIMs ed il GATS (cfr. al riguardo PICONE, LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, p. 221 ss. e 375 ss.), nonché cfr. CARREAU, JUILLARD, *Droit International économique*, cit., p. 184 ss. e 318 ss.. Ancor peggio è accaduto all'iniziativa dell'OCSE, nel 1998, volta all'adozione di un accordo multilaterale sugli investimenti che è fallita miseramente aprendo così il varco allo sviluppo di accordi bilaterali e regionali *in subiecta materia* che dura ancor oggi.

[8] Va ricordato che, in un recente passato, alla Commissione spettava negoziare in via bilaterale o multilaterale-regionale, oltre alle questioni commerciali solo quelle attinenti alla c.d. fase di *pre-establishment*, ossia di accesso al mercato, lasciando ai singoli Stati membri la facoltà di fissare le norme di trattamento, protezione e garanzia, in via bilaterale. Tra una letteratura vastissima, in argomento v.: PESCATORE, *Les relations extérieures des Communautés Européennes*, in *RCADI*, 1961, vol. 103, pp. 1-244.; BOULOUIS, *La jurisprudence de la CJCE relative aux relations extérieures des Communautés*, in *RCADI,* 1978, vol. 160, pp. 335-394; DEMARET (dir.), *Relations extérieures de la Communauté Européennee et marché interieur: aspects juridiques et fonctionnels,* Bruges, 1988; MENGOZZI, *Le relazioni esterne della Comunità Europea, il principio di sussidiarietà e le esigenze di cooperazione poste dalla globalizzazione dell'economia*, in *Le relazioni esterne dell'Unione Europea nel nuovo millennio*, a cura di DANIELE, Milano, 2001; DASHWOOD, MARESCEAU, *Law and Practice of EU External Relations*, CUP, 2008; EECKHOUT, *External relations of the European Union. Legal and Constitutional Foundations*, OUP, 2004; LOUIS, DONY, *Relations extérieures*, 2 ed., *Commentaire Mégret*, Bruxelles, 2005; AMADEO, *Unione europea e treaty making power*, Milano, 2005 ; ZANGHI, PANELLA, *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità,* Torino, 2009. V. altresì: LANG, *Art. 133*, in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, a cura di POCAR, Padova, 2001, pp. 565-572; CANNIZZARO, *Art. 133*, in *Commentario ai trattati sull'Unione e la Comunità europea*, a cura di TIZZANO, Milano, 2003, pp. 756-762.

[9] Art. 47 TUE. V. pure l'art. 184 del Trattato Euratom ma il cui studio esula dal presente scritto.

L'Unione europea, secondo quanto previsto all'art. 3, par. 1, lett. *e*), TFUE, ha competenza *esclusiva* in materia di politica commerciale comune e pertanto, può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti in tale settore. Gli Stati membri possono farlo autonomamente solo se autorizzati dall'Unione, conformemente all'art. 2, par. 1, TFUE, così come, peraltro, è stato precisato dal recentissimo Reg. n. 1219/2012, del 12 dicembre 2012[10].

Nell'affrontare, sia pure per sommi capi, questo tema particolarmente complesso, va rilevato subito che l'esercizio della nuova competenza dell'Unione in materia di IDE comporta la soluzione di delicati problemi di diritto internazionale e di diritto UE, non potendosi prescindere da altri accordi internazionali già in vigore e comprendenti: a) oltre 170 BITs conclusi tra Stati membri, *inter se*, prima dell'adesione di uno di essi alla UE; b) circa 1200 BITs tra Stati membri e Stati terzi[11]; c) gli accordi già conclusi prima dalla CEE, poi dalla CE e infine dalla UE, anteriormente e successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel quadro della politica commerciale comune[12] e nell'esercizio di competenze sia esclusive che miste, compresi gli accordi GATS e TRIMs in ambito OMC ed, in particolare, il Trattato sulla Carta dell'energia.

[10] Regolamento (UE) n. 1219/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, che stabilisce disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi tra Stati membri e paesi terzi in materia di investimenti, in *GUUE* L 351 del 20 dicembre 2012, p. 40.

[11] UNCTAD, *World Investment Report 2012*, al sito: http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf (consultato il 20/03/2013).

[12] Si tratta, com'è noto, di trattati internazionali bilaterali o multilaterali variamente denominati come accordi di partenariato, di libero scambio, cooperazione o associazione, il cui testo è accessibile attraverso il sito della DG Trade. V. ad es. gli accordi con i paesi ACP; accordi di partenariato euro-mediterraneo; di libero scambio con la Svizzera, l'accordo con la Corea del Sud (firmato il 6 ottobre 2010 e in applicazione provvisoria dal 1° luglio 2011); accordi di associazione con il Cile, con i Paesi dell'America Centrale (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panama), parafato il 22 marzo 2011; o ancora con la Colombia e Perù; Messico; o ancora le Unioni doganali con Turchia, Andorra e San Marino, e così via. Alcuni di questi accordi possono contenere disposizioni specifiche in materia di investimenti a proposito della regolazione della c.d. "presenza commerciale" degli operatori economici. Cfr. ad es. gli art. 67, 68 e 70 dell'accordo di partenariato economico tra gli Stati del Cariforum, da una parte, e la Comunità europea ed i suoi Stati membri, dall'altra, del 15 luglio 2008 (*GU* L 289/I/3, del 30 ottobre 2008, al sito http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:289:0003:1955:IT:PDF) (consultato il 20/03/2013). In dottrina v. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, 2 ed., OUP, 2012, p. 439 ss.

Nei limiti del presente scritto, ci occuperemo solo delle prime due questioni poiché sono quelle che hanno attratto maggiormente l'attenzione della dottrina [13].

Per articolare il tema in trattazione occorre osservare che le nuove competenze dell'Unione di cui all'art. 207 TFUE pongono almeno due difficoltà: da un lato, quella della concreta elaborazione di una vera e propria *politica europea degli investimenti* che, espressa attraverso appropriate norme di diritto pattizio, soddisfi le aspettative degli investitori e sia accettabile dagli Stati terzi con cui la UE si troverà a negoziare; dall'altro lato, quella dell'esigenza che detta politica sia allineata con i più generali obiettivi di politica estera dell'UE, inclusi, in particolare, gli obbiettivi non economici quali quelli della tutela dei diritti umani, dello sviluppo sostenibile e della tutela globale dell'ambiente.

Contemporaneamente ed in parallelo, la UE si trova ora ad affrontare una difficile fase transitoria così come disciplinata dal precitato Reg.

[13] Cfr. MAURO, *Accordi internazionali sugli investimenti e Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, pp. 403-430; nonché BOURGEOIS, SMITS, *La politique commerciale commune*, in *Encyclopedie Dalloz*, *Rep. Droit comm.*, Paris, 2003; KARL, *The Competence for Foreign Direct Investment – New Powers for the European Union?,* in *Journal of World Investment & Trade*, 2004, pp. 413-448; CEYSSENS, T*owards a Common Foreign Investment Policy? – Foreign Investment in the European Constitution,* in *Legal Issues of Economic Integration,* 2005, pp. 259-292; RADU, *Foreign Investors in the EU - Which 'Best Treatment'? Interactions Between Bilateral Investment Treaties and EU Law*, in *European Law Journal*, 2008, pp. 237-260; EILMANSBERGER, *Bilateral Investment Treaties and EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2009, pp. 383-429; DE MESTRAL, *The Lisbon Treaty and the Expansion of EU Competence over Foreign Direct Investment and the Implications for Investor-State Arbitration*, in *Yearbook on International Investment Law & Policy 2009-2010*, a cura di SAUVANT (ed.), OUP, 2010, pp. 365-396; JUILLARD, *Investissements et droit communautaire (A propos des accords bilateraux d'investissement conclus entre Etats Membres et Pays tiers)*, in *Mélanges Ph. Manin*, Paris, 2010, p. 445 ss.; DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment* Law, Oxford, 2011; DE LUCA, *New Developments on the Scope of the EU Common Commercial Policy under the Lisbon Treaty: Investment liberalization vs. Investment Protection*, in *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011*, a cura di SAUVANT (ed.), OUP, 2011, pp. 165-215; HINDELANG, MAYDELL, *The EU's Common Investment Policy - Connecting the Dots*, in *International Investment Law and EU Law*, a cura di BUNGENBERG, GRIEBEL, HINDELANG (eds), Heidelberg/New York, 2011, pp. 1-28; BUNGENBERG, *The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics*, in *International Investment Law and EU Law*, a cura di BUNGENBERG, GRIEBEL, HINDELANG (eds), Heidelberg/New York, 2011, pp. 29-42; REINISCH, *The Division of Powers Between the EU and Its Member States "After Lisbon",* in *International Investment Law and EU Law*, a cura di BUNGENBERG, GRIEBEL, HINDELANG (eds), Heidelberg/New York, 2011, pp. 43-54; SHAN, ZHANG, T*he Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common InvestmentPolicy*, in *European Journal of International Law*, 2011, pp. 1049-1073; BARATTA, *La politica commerciale comune dopo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. comm. int.,* 2012, pp. 403-421.

n. 1219/2012. Pertanto, dopo aver premesso alcune considerazioni sulla necessaria ricerca di un equilibrio interistituzionale nella messa in opera delle competenze in materia di IDE, si illustreranno nei paragrafi successivi alcuni aspetti concernenti la sorte degli accordi bilaterali sugli investimenti (BITs) già in vigore, sia tra Stati Membri UE (c.d. *BITs intra UE*) sia tra singoli Stati Membri e Stati terzi (c.d. *BITs extra UE*), alla luce del nuovo strumento normativo e della prassi recente.

Questi ultimi aspetti, di enorme rilevanza economica, costituiscono, sul piano giuridico, una peculiare dimostrazione della natura pluridimensionale dell'Unione europea e della persistenza della sua matrice interstatuale di base. In altre parole, secondo quanto osservato da un'autorevole dottrina, l'Unione europea, anche dopo il Trattato di Lisbona, "si presenta innanzitutto come gruppo di Stati ancora indipendenti, coinvolti in un processo di integrazione delle rispettive basi economiche e sociali in un coordinamento sempre più stretto sul piano politico"[14]. La materia degli investimenti diretti esteri, a nostro avviso, costituisce una conferma di siffatta affermazione.

2. L'elaborazione del diritto UE degli investimenti diretti esteri nel quadro della nuova architettura istituzionale: fluctuat, nec mergitur…

L'elaborazione del diritto dell'Unione in materia di investimenti diretti esteri in base alle nuove competenze espressamente previste dal Trattato di Lisbona è avvenuta in un contesto caratterizzato da una forte tensione interistituzionale.

Già negli anni in cui l'Unione si apprestava ad annoverare 27 Stati membri, dal 2004 al 2007, iniziarono ad emergere le prime perplessità circa la sorte dei trattati bilaterali, compresi i BITs, che gli Stati di nuova adesione avevano concluso in epoca precedente[15].

[14] M.L. PICCHIO FORLATI, *L'Unione europea*, in *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale*, vol. 3, Torino, 2011, p. 169 ss. ove ampi riferimenti.

[15] Cfr. la lettera inviata dalla Commissione al governo della Repubblica Ceca, il 13 gennaio 2006, riprodotta nel lodo arbitrale parziale, del 27 marzo 2007, reso nella controversia *Eastern Sugar B.V. vs The Czech Republic* (SCC No. 088/2004), Partial Award http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0259_0.pdf (consultato il 20/03/2013) su cui si tornerà nel prosieguo di questo scritto. In detta lettera, si indica che "the concern of the Commission services on BITs in general was raised with the Czech Republic in very early contacts with DG ECFIN, in the Chapter 4 screening process in 1998, at a specific TAIEX seminar on the subject with all candidate countries, including the Czech Republic,on 17 January 2000, and subsequently in the external relations chapter of the negotiation process. As you are undoubtedly aware, the Commission services

La posizione costante della Commissione è sempre stata quella per cui, in caso di conflitto tra disposizioni contenute nei c.d. BITs intra-UE e norme dell'ordinamento comunitario, queste ultime dovevano prevalere in ogni caso: ciò in quanto le prime sarebbero risultate incompatibili con il mercato unico europeo o comunque sarebbero risultate discriminatorie in quanto frutto di accordi bilaterali non automaticamente estendibili a tutti gli investitori dell'Unione.

Pertanto, gli Stati membri avrebbero dovuto procedere rapidamente alla denuncia dei BITs *inter se* in considerazione del nuovo contesto storico e del loro potenziale conflitto con il diritto dell'Unione. Emblematiche di questo approccio sono le osservazioni presentate il 7 luglio 2010 durante l'arbitrato *Eureko c. Slovacchia:* i BITs intra-UE costituiscono un "anomaly within the EU internal market" e pertanto "[e]ventually, all intra-EU BITs will have to be terminated. Commission services intend to contact all Member States again, urging them to take concrete steps soon"[16].

Passando ora al tema delle nuove competenze esterne in materia di politica commerciale comune di cui all'art. 207 TFUE, va osservato che la Commissione ha illustrato gli obiettivi, i criteri e il contenuto della nuova politica degli investimenti dell'UE, in una comunicazione del 7 luglio 2010, dal titolo "Verso una politica globale europea degli investimenti internazionali"[17] a cui ha affiancato, in pari data, una proposta di regolamento che stabilisce disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali di investimenti conclusi fra Stati membri e paesi terzi[18].

were primarily concerned with conflicting provisions in pre-accession BITs with third countries that could prevail over EU measures, concerns that still remain".

[16] *Eureko B.V. v. the Slovak Republic* (PCA Case No. 2008-13), lodo del 26 ottobre 2010, punti 177 e 182, ove si aggiunge che "[f]urthermore, while the Commission is in favour of consensual solutions with EU Member States, as guardian of the EU treaties it cannot exclude eventually having to resort to infringement proceedings against certain Member States", v. il sito http://italaw.com/documents/EurekovSlovakRepublic AwardonJurisdiction.pdf (consultato il 20/03/2013).

[17] Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 7 luglio 2010, dal titolo "Verso una politica globale europea degli investimenti internazionali" (COM(2010)0343). V. altresì la comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 dal titolo "EUROPA 2020 – Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva" (COM(2010)2020) e la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 9 novembre 2010, dal titolo "Commercio, crescita e affari mondiali – La politica commerciale quale componente essenziale della strategia 2020 dell'UE" (COM(2010)0612).

[18] Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi da Stati membri e paesi terzi in materia di investimenti, COM(2010)344 def..

Dalla lettura di questi atti, emerge che la Commissione interpreta in modo estensivo le norme del TFUE, e quindi l'ambito della propria competenza esclusiva, anche in ordine a questioni che il TFUE regola in modo ambiguo. Nel Trattato, manca infatti una definizione precisa degli investimenti diretti esteri, questione certamente non *de minimis* per la dottrina specialistica[19], pur se ricavabile per analogia dalle norme relative alla libera circolazione dei capitali nel mercato interno.

Né quelle stesse norme precisano se le relative competenze esclusive si estendano dalle questioni relative alla promozione fino a quelle concernenti la protezione e, soprattutto, alla garanzia degli investimenti esteri[20], questione assai spinosa data l'inesistenza di un ente di garanzia europeo e la compresenza di enti siffatti nei singoli Stati membri.

Insomma, se è certo che, attraverso le nuove competenze, l'Unione può negoziare con gli Stati terzi non più solo la materia della liberalizzazione e dell'accesso al mercato, bensì anche la fase c.d. *post-establishment*, è altrettanto certo che l'esercizio in concreto delle nuove competenze esclusive, anche alla luce del precitato Reg. n. 1219/2012, presenta luci ed ombre che potrebbero presto portare ad un contenzioso con gli Stati membri.

Le conclusioni del Consiglio, del 25 ottobre 2010, su una politica globale europea degli investimenti internazionali mostrano, infatti, una certa freddezza rispetto all'entusiasmo della Commissione, sottolineando lo *status quo* dei BIT o extra-UE, ossia quelli già conclusi dagli Stati membri con Stati terzi[21].

In tale atto, infatti, il Consiglio rileva che il nuovo quadro giuridico europeo, e quindi anche le nuove competenze in materia di IDE, non dovrebbero avere un impatto negativo sulla protezione degli investitori e sulle garanzie di cui essi beneficiano in base agli accordi esistenti.

In particolare, il Consiglio: "[g]iven that the bilateral investment agreements concluded by the Member States with third parties are, so far, the main source of protection and legal security for the European investor abroad, STRESSES that the new legal framework should not negatively affect investor protection and guarantees enjoyed under the existing agreements. This priority must be met in the Regulation to be adopted in order to establish transitional arrangements for bilateral investment

[19] Cfr. i riferimenti alla nota 6. Adde PIRIS, *The Lisbon Treaty. A legal and political analysis*, Cambridge, 2010, p. 281.

[20] Su cui v. GALGANO, MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, cit., p.827 ss. ove riferimenti.

[21] Cfr: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/ foraff/117328.pdf (consultato il 20/03/2013).

agreements between Members States and third countries. In accordance with Article 351 of the Treaty on the Functioning of the European Union, bilateral investment agreements concluded by Member States should continue to afford protection and legal security to investors till they are replaced by at least equally effective EU agreements"[22].

Pertanto, appare evidente che, dal punto di vista del Consiglio – che è quello degli Stati membri –, l'attribuzione di nuove competenze esclusive in capo all'Unione non equivale ad un'attribuzione della totalità delle competenze in materia di investimenti diretti esteri. Restano in vigore, infatti, i BITs conclusi tra Stati membri e Stati terzi precedentemente al Trattato di Lisbona, fermo restando il diritto-dovere dell'Unione di procedere all'elaborazione della politica europea degli investimenti attraverso nuovi trattati da concludere con Stati terzi ed altri soggetti di diritto internazionale.

La posizione del Parlamento europeo presenta, a propria volta, delle caratteristiche peculiari tali da distinguersi sia da quella assunta dalla Commissione, che da quella del Consiglio.

Al riguardo, va osservato che, in tempi recenti e pur con i limiti fissati dall'assetto giuridico-istituzionale previgente, il Parlamento Europeo si era interessato ai rapporti tra commercio internazionale e tutela dei diritti umani con una serie di risoluzioni che hanno evidenziato un crescente attivismo. Basti il riferimento, sia pure, *en passant*, alle risoluzioni del 20 settembre 1996 sulla comunicazione della Commissione circa il richiamo al rispetto dei principi democratici e dei diritti umani negli accordi fra la Comunità e i paesi terzi (COM(1995)0216) e del 14 febbraio 2006 sulla clausola concernente i diritti umani e la democrazia negli accordi dell'Unione europea[23]; la ris. del 25 ottobre 2001 sulla trasparenza e la democrazia nel commercio internazionale[24], che esige il rispetto delle norme sociali fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) da parte dell'OMC, e l'accettazione, da parte dell'Unione europea, delle decisioni dell'OIL, compresi i possibili ricorsi per sanzioni relative a gravi violazioni di norme sociali fondamentali; la ris. del 25 aprile 2002 sulla comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul ruolo dell'Unione europea nella promozione dei diritti umani e della democratizzazione nei paesi terzi (COM(2001)0252) [25]; la ris. del 15 novembre 2005 sulla dimensione sociale della globaliz-

[22] *Id*., punto 9.
[23] GUCE, C 320 del 28 ottobre 1996, p. 261.
[24] GUCE, C 112 E del 9 maggio 2002, p. 326.
[25] GUCE, C 131 E del 5 giugno 2003, p. 147.

zazione[26]; la ris. del 5 luglio 2005 sullo sfruttamento dei bambini nei paesi in via di sviluppo, con particolare enfasi sul lavoro minorile[27]; la sua risoluzione del 6 luglio 2006 su commercio equo e sviluppo[28]; la ris. del 22 maggio 2007 sull'Europa globale: aspetti esterni della competitività[29] in risposta alla comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo in tema di «Europa globale: competere nel mondo. Un contributo alla strategia per la crescita e l'occupazione dell'UE» ed infine la ris. del 23 maggio 2007 per «Promuovere la possibilità di un lavoro dignitoso per tutti» fino alla ris. del 25 novembre 2010[30], ove il Parlamento ha chiesto l'inclusione di norme sociali ed ambientali negli accordi commerciali dell'Unione europea, in particolare negli accordi bilaterali.

Con il Trattato di Lisbona, il Parlamento Europeo è stato dotato di nuovi importanti poteri, non solo per quanto riguarda la legislazione e il bilancio dell'UE ma anche in materia di accordi internazionali compresi, ora, i BITs. La generalizzazione della procedura di codecisione ha portato, così, a collocare il Parlamento europeo su una posizione di sostanziale parità rispetto al Consiglio e le risoluzioni di cui sopra hanno assunto un nuovo afflato in questi nuovi assetti. Come se non bastasse, le nuove norme introdotte dal Trattato di Lisbona hanno inciso anche sul procedimento di conclusione degli accordi internazionali, compresi i futuri BITs dell'Unione, giacché, se in passato la Commissione era tenuta a dare una sommaria informazione al Parlamento, ora quest'ultimo può richiedere alla Commissione un flusso di informazioni efficace al fine di poter accedere con immediatezza ai documenti pertinenti ed alle stesse riunioni del *team* dei negoziatori UE[31].

È in siffatto contesto che il Reg. n. 1219/2012 è stato faticosamente elaborato ed è il risultato di un complesso dialogo interistituzionale da cui sta prendendo forma il diritto europeo degli investimenti.

3. La sorte degli accordi bilaterali sugli investimenti conclusi tra Stati membri (c.d. BITs intra UE)

Secondo quanto osservato da un'autorevole dottrina, la data di inizio

[26] GUUE, C 280 E del 18 novembre 2006, p. 65.
[27] GUUE, C 157 E del 6 luglio 2006, p. 84.
[28] GUUE, C 303 E del 13 dicembre 2006, p. 865.
[29] GUUE, C 102 E del 24 aprile 2008, p. 128.
[30] GUUE, C 102 E del 24 aprile 2008, p. 321 e GUUE, C 99 E del 3 aprile 2012, p. 31.
[31] V. art. 218 TFUE.

del diritto internazionale degli investimenti può farsi risalire al 1959[32], anno in cui venne concluso il primo BIT tra Germania e Pakistan. A quell'epoca, infatti, tra gli Stati fondatori delle Comunità Economica Europea non erano ancora stati conclusi dei BITs, almeno nel significato in cui intendiamo questo termine oggi[33].

Invero, va rilevato che una peculiare disciplina degli investimenti diretti esteri tra i primi Stati membri si trovava – e si trova oggi – in tutte quelle norme relative al divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità (18 ss. TFUE), quelle sulla libera circolazione dei capitali (art. 63 TFUE) e quelle sulla libertà di stabilimento di cui agli artt. 49 ss. TFUE[34]. In materia di espropriazione, il riferimento era – e resta – l'art.

[32] Cfr. ad es. SCHREUER, DOLZER, *Principles of International Investment Law*, cit., p. 6 ss.; CARREAU e JUILLARD, *Droit International économique*, cit., p. 432 ss. Per l'Italia v. VERRUCOLI, CARBONE, *La disciplina italiana relativa alla protezione degli investimenti*, in *Riv.dir.int.priv.proc*., 1978, p. 641 ss.

[33] Cfr. WEHLAND, *Intra-EU investment Agreements and Arbitration: is European Community Law an obstacle?*, in *ICLQ,* 2009, pp. 297-320. Solo la Germania aveva concluso due BITs, con la Grecia ed il Portogallo, rispettivamente nel 1981 e 1986, ossia prima della loro adesione alla CE ma non sono noti contenziosi insorti a tale riguardo.

[34] Com'è noto, oltre alla libertà di stabilimento di cui agli artt. 49 ss. TFUE, le disposizioni di diritto originario che regolano la libera circolazione dei capitali sono previste agli artt. 63 ss. TFUE. In particolare, ai sensi dell'articolo 63 del trattato, "sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri". Sebbene il trattato non definisca i "movimenti di capitali", tale nozione si ricava, oltre che dalla dottrina (cfr. ad es. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, 7 ed., Padova, 2012, p. 575 ss. ove riferimenti), dai grandi orientamenti della giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr. le sentenze del 31 gennaio 1984, cause riunite C- 286/82 e C- 26/83, *Luisi e Carbone*, in *Racc*. 1984, p. I- 377, punto 21; del 16 marzo 1999 nella causa C-222/97, *Trummer e Mayer*, in *Racc*. 1999, p. I-1661, punti 20 e 21; sentenze del 4 giugno 2002 nella causa C-367/98, *Commissione* c. *Portogallo*, in *Racc*. 2002, p. I-4731, punto 37, nella causa C-483/99, *Commissione* c. *Francia*, in *Racc.* 2002, p. I-4781, punto 36 e nella causa C-503/99, *Commissione* c. *Spagna,* in *Racc.* 2002, p. I-4809, punto 37; sentenze del 13 maggio 2003 nella causa C-463/00, *Commissione* c. *Spagna*, in *Racc*. 2003, p. I-4581, punto 52 e nella causa C-98/01, *Commissione* c. *Regno Unito*, in Racc. 2003, p. I-4641, punto 39, nonché 12 dicembre 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation,* C-446/04, punto 182; 24 maggio 2007, *Holbock,* C-157/05, punto 35), e dalla fondamentale Dir. (CEE) n. 88/361 del 24 giugno 1988 (in GUCE L 178 dell'8 luglio 1988, p. 5) inclusa la relativa nomenclatura allegata (in particolari i punti I e III di cui all'allegato I e le note esplicative di detto allegato). Le limitazioni consentite nei rapporti fra Stati membri sono quelle riguardanti la normativa tributaria, in cui è possibile una distinzione tra i contribuenti in base al luogo di residenza o di collocamento del loro capitale e quelle riguardanti l'informazione amministrativa o statistica o le misure dettate da ordine pubblico o di pubblica sicurezza. L'investimento diretto transfrontaliero, in quanto forma di partecipazione ad un'impresa per mezzo di una partecipazione azionaria e l'acquisto di titoli sul mercato dei capitali rappresentano un "movimento di capitali" ai sensi dell'articolo 63 TFUE. Pertanto, ricadono nel divieto le norme nazionali limitative l'acquisto di pacchetti azionari di controllo o comunque che non consentono un'efficace partecipazione alla gestione di una società, nonché eventuali norme che sono atte a dissuadere gli investitori di altri Stati membri

1 del primo Protocollo alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)[35]. La tutela dei diritti dell'investitore intra-UE si trova, peraltro, oggi rafforzata dall'art. 6, par. 2, TUE, che dispone il rinvio alla Carta dei diritti fondamentali UE e, all'art. 17, estende la tutela della proprietà privata ricomprendendovi anche la proprietà intellettuale.

Il quadro normativo, operante principalmente attraverso il TUE, il TFUE ed il diritto derivato, costituisce una sorta di "diritto comune degli investimenti intra-UE" ed il rispetto delle sue norme, al pari delle altre disciplinanti il mercato unico europeo, è assicurato dalla Corte di Giustizia.

Ne discende che se, ad esempio, un imprenditore italiano vuole effettuare un investimento diretto estero in Francia, per costituirvi una filiale produttiva, quell'investimento sarà tutelato, *in primis*, attraverso le norme dell'ordinamento dell'Unione (compresi i suoi meccanismi giurisdizionali), senza bisogno di sollecitare altri particolari strumenti di diritto internazionale pattizio.

Tuttavia, una situazione diversa si verifica per quegli imprenditori dei "vecchi" Stati membri che abbiano effettuato investimenti diretti esteri in Paesi di recente adesione alla UE quali, ad esempio, gli imprenditori italiani in Romania[36].

Dopo la caduta del muro di Berlino, negli anni '90, numerosi furono, infatti, i BITs conclusi tra gli Stati membri e gli Stati di futura adesione, mentre questi ultimi si affrettavano a riorganizzare il proprio sistema economico per completare la transizione post-comunista[37].

fino ad incidere sull'accesso al mercato. Esempio di misure statali vietate sono quelle che subordinano ad un'autorizzazione preventiva un investimento diretto estero. Pertanto, le norme di cui all'art. 63 TFUE vanno al di là dello standard classico del trattamento nazionale, previsto anche nei BITs ma non ricomprendono tutte le tutele fissate attraverso gli altri standard di trattamento, protezione e garanzia ampiamente sviluppati nei BITs.

[35] Protocollo addizionale (n. 1) alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmato a Parigi il 20 marzo 1952 (entrato in vigore il 18 maggio 1954) e modificato a Strasburgo l'11 maggio 1994 (entrato in vigore il 1° novembre 1994) cfr. http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/009.htm (consultato il 20/03/2013).

[36] E v. in proposito l'accordo sulla reciproca promozione e protezione degli investimenti, con protocollo, firmato a Roma il 6 dicembre 1990, reso esecutivo in Italia con L. 14 dicembre 1994, n. 704 (in G.U. 27.12.1994 n. 301 Suppl. ord).

[37] Emblematico è il caso della Repubblica Ceca che dal 1991 al 2012 ha ratificato ben 71 BITs tra cui ben 18 BITs intra UE (con Austria, Belgio e Lussemburgo, Bulgaria, Cipro, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Ungheria, Lettonia, Lituania, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Romania, Spagna, Svezia, Regno Unito). Cfr. il rapporto UNCTAD 2012 al sito: http://unctad.org/en/Pages/Home.aspx (consultato il 20/03/2013).

Come si era accennato all'inizio del presente scritto, una volta ultimato nel 2004 e nel 2007 l'allargamento ai Paesi dell'Europa orientale, si presentò il problema della compatibilità o comunque del coordinamento di quei BITs, precedentemente conclusi con alcuni Stati membri, rispetto all'ordinamento dell'Unione europea.

La Commissione, concentrando la propria attenzione sui BITs tra Stati membri e Stati terzi – di cui si dirà tra poco –, aveva in parte sottovalutato la questione dei BITs intra-UE, convinta che la soluzione ovvia sarebbe stata quella di una rapida denuncia degli oltre 170 BITs esistenti alla luce del primato del diritto UE, del principio di leale cooperazione e del nuovo contesto storico[38].

Senonché, detto approccio si è rivelato eccessivamente ottimistico, giacché gli Stati membri che avevano concluso i predetti BITs non hanno

[38] Il 13 gennaio 2006, la Commissione aveva inviato al governo della Repubblica Ceca una lettera in cui si indicava che: "based on ECJ jurisprudence. Article 307 EC is not applicable once all parties of an agreement have become Member States. Consequently, such agreements cannot prevail over Community law. For facts occurring after accession, the BIT is not applicable to matters falling under Community competence. Only certain residual matters, such as diplomatic representation, expropriation and eventually investment promotion, would appear to remain in question. Therefore, where the EC Treaty or secondary legislation are in conflict with some of these BITs' provisions – or should the EU adopt such rules in the foture – Community law will automatically prevail over the non-conforming BIT provisions". Per quanto concerne gli effetti dell'accessione sui BITs esistenti la Commissione rilevava che: "However, the effective prevalence of the EU acquis does not entail, at the same time, the automatic termination of the concerned BITs or, necessarily, the nonapplication of all their provisions. Without prejudice to the primacy of Community law, to terminate these agreements, Member States would have to strictly follow the relevant procedure provided for this in regard in the agreements themselves. Such termination cannot have a retroactive effect…In particular, in order to avoid any legal problem with regard to an arbitration procedure, existing BITs between member States should, as mentioned above, therefore be terminated". Il passo viene riportato nel lodo arbitrale parziale reso nella controversia *Eastern Sugar B.V. vs The Czech Republic* (SCC No. 088/2004), Partial Award, 27 March 2007, pp. 25-26 (v. il sito: http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0259_0.pdf) (consultato il 20/03/2013). Successivamente cfr. ad es. il Commission Staff Working Document, *Capital Movements and Investments in the EU*, Commission Services' Paper on Market Monitoring, 3 febbraio 2012, SWD(2012) 6 final, p. 3: "The relationship of BITs between Member States ("Intra-EU BITs") with EU law remains a cause for concern. With the accession of new Member States in 2004 and 2007, a number of former third country BITs became Intra-EU BITs. In February 2011 there were 176 such agreements in total within the EU. The Commission has repeatedly explained its view that Intra-EU BITs are incompatible with EU law particularly because they appear discriminatory as between investors and from different Member States and because they can lead to parallel jurisprudence through arbitration procedures on matters covered by EU rules without the Court of Justice of the EU (CJEU) being able to exercise its functions of guardian of the EU legal system".

manifestato affatto una chiara volontà di denunciarli, o comunque procedono a denunciarli molto lentamente ed in ordine sparso[39].

La tesi della Commissione, ora come allora, fa leva su due argomenti principali: a) i BITs intra-UE, contemplando norme di trattamento e protezione degli investimenti effettuati da investitori di Stati membri dati (quelli con i quali il BIT intra-UE è in vigore), violano il principio di non discriminazione tra investitori dei diversi Stati membri; b) gli stessi BITs, prevedendo la possibilità di adire collegi arbitrali internazionali, finiscono con il creare un sistema giurisdizionale parallelo a quello previsto dall'ordinamento dell'Unione.

Va detto altresì che, pur riconoscendo una astratta fondatezza ai due argomenti della Commissione ora richiamati, la situazione concreta è assai complessa e, comunque, in virtù dei fondamentali principi della certezza del diritto e della *Rule of law*, le comprensibili pretese della Commissione andrebbero, quantomeno, coordinate con le altrettanto legittime aspettative degli investitori privati.

Dette legittime aspettative non possono certo essere disattese con un colpo di spugna del legislatore dell'Unione da un giorno all'altro od attraverso la Corte di Giustizia, giacché non può essere sottaciuto che la protezione offerta dai BITs è parzialmente diversa e potenzialmente più ampia di quella offerta dal diritto UE. Inoltre, si tratta di diritti già acquisiti dagli investitori incluso, in particolare, quello di ricorrere ad arbitrato internazionale contro lo Stato ospite dell'investimento in caso di controversie: un meccanismo di ricorso che, come tale, è invece assente in via generale nel diritto UE e che consente a privati specializzati di decidere dette controversie con neutralità, imparzialità ed indipendenza senza essere legati alle parti in causa, *in primis* allo Stato membro ospite dell'investimento[40]. Come già precisato[41], sul piano materiale, gli stan-

[39] V. al riguardo: 2008 Annual EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and the Freedom of Payments, (ECFIN/CEFCPE(2008)REP/55806) al sito: http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st17/st17363.en08.pdf (consultato il 20/03/2013), laddove viene rilevato (punti n.16-17) che: "The EFC report of 2007 mentioned the issue of the remaining bilateral investment treaties between Member States (BITs) and the concerns of the Commission, which invited Member States to review the need for such BITs agreements. Since the accession of Bulgaria and Romania, there have been and still are about 190 such agreements. The EFC took note that it remains the responsibility of Member States that have been informed of the Commission's concerns to address the issue through bilateral actions. -17. Most Member States did not share the Commission's concern in respect of arbitration risks and discriminatory treatment of investors and a clear majority of Member States preferred to maintain the existing agreements".

[40] WEIL (*Ecrits de droit international*, Paris, 2000, p. 409), nel trattare la struttura generale dei BITs, parlava a tale proposito di un "menage à trois", dove due parti sono gli

dard di tutela offerti dai BITs, possono andare al di là di quelli offerti dal diritto UE, offrendo maggiori garanzie all'investitore, come avviene, ad esempio, attraverso le molteplici applicazioni, in giurisprudenza arbitrale, del principio del trattamento giusto ed equo o di quello della "full protection and security"[42].

D'altra parte, anche ponendosi unicamente nella prospettiva dell'ordinamento dell'Unione, va pure osservato che l'eventuale incompatibilità tra disposizioni normative dei diversi trattati deve essere palese e va valutata attraverso il raffronto tra BITs intra-UE ed il diritto UE, originario o derivato[43]. Non verificandosi un'incompatibilità palese, ne segue che va operato il massimo coordinamento tra le diverse disposizioni normative.

In relazione a quanto detto sopra, sono stati attivati i primi procedimenti arbitrali basati su BITs intra-UE, procedimenti iniziati da imprenditori domiciliati in Europa occidentale nei confronti di Stati dell'Europa orientale e celebrati prescindendo dal conforto derivante da meccanismi di rinvio pregiudiziale come quelli previsti, per i giudici nazionali, dall'art. 267 TFUE[44].

Stati (d'origine e di destinazione dell'investimento) e la terza parte, è l'investitore privato. Se, nel diritto internazionale contemporaneo, lo scopo fondamentale dei BITs è proprio quello di favorire e sviluppare gli investimenti dei privati non è possibile non tenerne conto in modo adeguato, soprattutto in caso di revisione o denuncia; pena la fuga dei capitali dallo Stato ospite. Anche per tali ragioni, l'arbitrato assume un ruolo centrale nel diritto del commercio internazionale contemporaneo: cfr. CARELLA, *Le fonti dell'arbitrato*, in BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale e internazionale*, Padova, 2010, p. 549 ss

[41] AZOULAI, BEN HAMIDA, *La protection des investissements par le droit primaire. Droit conventionnel des investissements et droit primaire communautaire: étude comparée des régimes et des approches*, in *Le droit européen et l'investissement*, a cura di KESSEDJIAN, Paris, 2009, p. 69 ss.

[42] Per una sintesi v. il dossier dell'UNCTAD, *Fair and equitable treatment*, UNCTAD/DIAE/2011/5, 2012.

[43] GAJA, ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2010, p. 236. V. però ad es. il Regolamento CE n. 1408/71 sulla sicurezza sociale, in *GU* L 149, del 5 luglio 1971, p. 34-37 che contiene una lista di trattati conclusi dagli Stati membri che vengono abrogati *ipso iure* tramite l'art. 6 del regolamento *de quo*.

[44] È ben noto che, per giurisprudenza sinora costante, solo un giudice di uno Stato membro e non un collegio arbitrale può adire la Corte di Giustizia. V. al riguardo: sentenza del 23 marzo 1981, causa C-102/81, *Nordsee,* in Racc., p. 1109; 1° giugno 1999, causa C-126/97, in Racc.I-3055 (v. in particolare il punto 32); 27 gennaio 2005, causa C-125/04, *Guy Denuit e Betty Cordenier* c. *Transorient - Mosaïque Voyages e Culture SA*, in *Racc*. 2005, p. I-923.

Attualmente si contano almeno tredici procedimenti arbitrali e di essi non è certo possibile trattare in modo esaustivo in questa sede[45].

Gli arbitri che hanno deciso controversie relative a BITs intra-UE li hanno applicati in quanto trattati appartenenti all'ordinamento internazionale e non a quello dell'Unione. Il che equivale a dire che la mera appartenenza alla UE di entrambi gli Stati contraenti di un BIT non è stata di per se idonea ad infirmare la validità o l'efficacia di quel medesimo BIT od a sostituire ad esso il diritto UE; salvo beninteso il possibile verificarsi nel tempo di una situazione di acquiescenza.

Appare certo che la Commissione ha promosso la tesi dell'estinzione *ipso iure* dei BITs intra-UE invocando l'applicazione del principio del primato del diritto UE e manifestando non poche perplessità circa la stessa procedibilità dei predetti arbitrati. Infatti, secondo la Commissio-

[45] Si ha notizia dei seguenti procedimenti arbitrali (siti consultati il 20/03/2013): *InterTrade* v. *Rep. Ceca* (sulla base del BIT tra Germania e Rep.Ceca, cit. da TETJE, *Bilateral Investment treaties between EU member States. Challenges in the Multilevel System of Law*, in *TDM*, v. 10, n. 2, 2013); *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited* v. *Rep. Ungheria*, ICSID Case No. ARB/03/16 (sulla base del BIT tra Cipro e l'Ungheria), Lodo del 2 Ottobre 2006, http://www.italaw.com/sites/default/ files/case-documents/ita0006.pdf; *Binder* v. *Rep. Ceca*, (arbitrato UNCITRAL sulla base del BIT tra Germania e Rep. Ceca), lodo del 1° luglio 2011 (non ancora pubblicato); *Eastern Sugar B.V.* v. *Rep. Ceca*, SCC Case No. 088/2004 (sulla base del BIT tra Paesi Bassi e Rep. Ceca), Lodo parziale del 27 Marzo 2007 e lodo finale del 12 Aprile 2007, in http://italaw.com/cases/documents/369, con un commento di PODESTÀ in *Riv. dir.int.priv.proc*., 2008, p. 1055; *EDF (Services) Limited* v. *Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13 (sulla base del BIT tra Regno Unito e Romania), Lodo del 8 ottobre 2009, http://italaw.com/documents/EDFAwardandDissent.pdf; *Eureko B.V.* v. *Republic of Poland* (sulla base del BIT tra Paesi Bassi e Polonia), lodo parziale del 19 agosto 2005 (impugnato dinanzi al Tribunale di prima istanza di Bruxelles il 23 novembre 2006), http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0303_0.pdf; *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L.* v. *Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20 (sulla base del BIT tra Svezia e Romania), lodo parziale del 24 Settembre 2008, http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0530.pdf; *Achmea B.V. (*in precedenza *Eureko B.V.)* v. *The Slovak Republic*, PCA Case No. 2008-13, (sulla base del BIT tra Paesi Bassi e Repubblica slovacca), in http://italaw.com/documents/EurekovSlovakRepublicAwardonJurisdiction.pdf; *Austrian Airlines* v. *Slovak Republic*, (arbitrato UNCITRAL sulla base del BIT tra Austria e Rep. Slovacca, lodo del 20 ottobre 2009, http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0048.pdf ; *HICEE B.V. v. The Slovak Republic*, PCA Case 2009-11, (sulla base del BIT tra Paesi Bassi e Repubblica federale Ceca e Slovacca) lodo finale del 17 ottobre 2011, http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0402_0.pdf ; *EURAM Investment Bank AG* v. *Slovak Republic*, (arbitrato UNCITRAL *ad hoc,* lodo del 22 ottobre 2012, inedito); *Georg Nepolsky* v. *Czech Republic,* (arbitrato UNCITRAL sulla base del BIT tra Germania e Repubblica Ceca, lodo del febbraio 2010, inedito); *Peter Franz Vöcklinghaus* v. *Czech Republic*, (basato su un BIT tra Germania e Rep. Ceca), (procedimento iniziato nel marzo 2008 e tuttora in corso). A tali procedimenti vanno aggiunti quelli iniziati sulla base del Trattato sulla Carta dell'energia su cui v. la nota 52 s.

ne, ammettendo la sopravvivenza dei BITs intra-UE, si finirebbe per operare al di fuori dell'ordinamento UE, perpetrando una discriminazione tra investitori di diversi Stati membri UE, a seconda della vigenza o meno di speciali BITs a loro favore.

Tuttavia, si può rilevare che i principi del primato del diritto UE[46] e della leale cooperazione tra Stati membri possono incidere sull'effettiva applicazione di un BIT intra-UE limitatamente a quelle fattispecie ove si ravvisi un palese conflitto tra specifiche norme del medesimo BIT e del diritto dell'Unione. Diversamente, deve ritenersi che sopravvivano le altre norme del BIT, diverse ma compatibili con il diritto UE, ivi comprese quelle che prevedono che le eventuali controversie tra investitori privati e Stati membri siano risolte tramite arbitrato transnazionale, con esclusione della cognizione del giudice statale[47].

Pertanto, restando valida ed efficace la clausola arbitrale, ben hanno fatto gli arbitri a decidere le controversie nascenti da BIT intra-UE, anche alla luce dell'eventuale incompatibilità degli accordi bilaterali con il diritto UE, giacché è dovere dell'arbitro quello di pronunciare un lodo suscettibile di *exequatur*.

Questa impostazione, oltre a spiegare come mai i predetti arbitrati si siano celebrati o siano in corso, ha soprattutto l'ulteriore pregio di fare salve le aspettative più che legittime degli investitori privati intra-UE e di favorire, per questa via, gli ulteriori passi della costruzione comunitaria.

È in quest'ottica che, ci sembra, diviene possibile interpretare il nuovo approccio della Commissione manifestato in una dichiarazione consegnata all'*Oberlandsgericht* di Francoforte, relativamente al caso *Achmea (Eureko) c. Paesi Bassi* in occasione della pronuncia del 10 maggio 2012[48].

Va notato che, in questa controversia, la Slovacchia si era rivolta al giudice tedesco – il *situs arbitri* era Francoforte – sostenendo l'avvenuta estinzione del BIT e quindi la carenza di giurisdizione del collegio arbi-

[46] Cfr. la Dichiarazione n. 17 allegata all'Atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona. Siamo comunque lontani, ci sembra, dal modello di primato di cui all'art.103 della Carta dell'ONU: qui nei rapporti tra Stati membri (anche se è meno pacifico nei rapporti tra Stati membri e Stati terzi) si ha che *lex posterior specialis non derogat priori generali*.

[47] Non si ravvisa in diritto UE un divieto generale- che sia oggetto di primato ed efficacia diretta- di arbitrare queste ed altri tipi di controversie, dato che sono frequenti le clausole arbitrali sia negli accordi esterni della UE, sia nei contratti della UE. Cfr. l'art. 350 TFUE a proposito della c.d. clausola BENELUX.

[48] Sentenza del 10 maggio 2012, 26 SchH 11/10, v. il sito http://www.italaw.com/documents/26schh01110.pdf (consultato il 20/03/2013).

trale. Il giudice tedesco, nel rigettare la tesi della Slovacchia, notava che la stessa Commissione riteneva nella predetta dichiarazione che il diritto dell'Unione non è vincolante in caso di arbitrato internazionale[49]; che l'art. 344 TFUE era applicabile solo nel contenzioso tra Stati e non in quello transnazionale tra Stati e privati; e che non vi era nemmeno bisogno di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in base a ciò che in Francia si direbbe la teoria de l'*acte clair*.

In relazione alle considerazioni di cui sopra, è da accogliere positivamente la soluzione di cui al Reg. n. 1219/2012 ove si precisa nel *considerando* n. 13 che "non dovrebbe applicarsi agli accordi in materia di investimenti conclusi tra gli Stati membri".

3.1. L'applicabilità del Trattato sulla Carta dell'Energia alle situazioni intracomunitarie

Anche il Trattato sulla Carta dell'Energia (ECT) può essere invocato nelle controversie intra-UE in materia di investimenti diretti esteri. In tale prospettiva, la tesi della Commissione riguardo l'esistenza di una discriminazione tra gli operatori dei diversi Stati membri perde completamente di fondamento giacché tutti gli Stati membri dell'Unione sono, al tempo stessi, parti contraenti del Trattato sulla Carta dell'Energia e, parallelamente, possono essere convenuti in giudizio arbitrale senza passare attraverso i meccanismi giurisdizionali degli Stati membri o della stessa Unione[50].

È noto che, nel predetto Trattato, viene disciplinata sia la materia degli investimenti che quella dei relativi meccanismi di risoluzione delle

[49] Sentenza cit., p. 17: "In die gleiche Richtung gehen auch die Äußerungen in der zuletzt eingereichten Stellungnahme der Kommission vom 13.10.2011. … Danach gründet sich das Misstrauen der Kommission gegen die Zuständigkeit von Schiedsgerichten im Zusammenhang mit Investor-Staat-Streitigkeiten vor allem auf den Umstand, dass Schiedsrichter nicht verpflichtet seien, EU-Recht zu respektieren und auch keine Möglichkeit hätten, den EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens anzurufen".

[50] Il Trattato sulla Carta dell'Energia (*Energy Charter Treaty*) è stato firmato a Lisbona il 17 dicembre 1994 da cinquantadue Parti Contraenti, fra le quali la Comunità Europea e tutti gli Stati che allora ne erano membri, la Federazione Russa (che ha applicato il trattato sino al 18 ottobre 2009) e altri Stati creatisi, dopo il dicembre 1991, dalla disciolta Unione Sovietica, oltre agli Stati dell'Europa orientale, altri Stati europei, la Turchia, il Giappone e l'Australia (che però non l'ha ancora ratificato). Per la lista aggiornata delle Parti Contraenti, lo stato delle ratifiche del Trattato, del Protocollo sulla Efficienza Energetica e i Connessi Aspetti Ambientali e dell'Emendamento del 1998 alle disposizioni del Trattato concernenti il commercio, nonché degli Stati che applicano questi strumenti in via provvisoria, v. il sito http://www.encharter.org (consultato il 20/03/2013). In dottrina, v. per tutti GIARDINA, *Il Trattato sulla Carta dell'energia del 1994*, in *Enc. Idrocarburi*, Treccani, vol. IV, 2007, p. 551.

controversie. Una parte specifica del Trattato, la Parte III, è infatti dedicata alla promozione e alla protezione degli investimenti ed all'art. 1, vengono definite alcune nozioni fondamentali come quelle di *investimento* e di *investitore*, anche alla luce del dibattito concernente la sovranità sulle risorse naturali (art. 18).

Così la società svedese *Vattenfall* ha agito contro la Germania, uno Stato membro originario dell'Unione, sulla base del Trattato sulla Carta dell'energia, pur se Svezia e Germania sono Stati membri della UE[51].

Ed altri contenziosi arbitrali internazionali si sono verificati a carico di alcuni Paesi dell'Europa dell'est i quali erano già parti contraenti del Trattato sulla Carta dell'energia. Quei Paesi, una volta completata l'adesione alla UE, si trovarono obbligati – spesso su richiesta della Commissione – a dover adottare specifiche misure volte ad adattare il loro ordinamento giuridico all'ordinamento dell'Unione, a prescindere dagli obblighi previsti dal Trattato sulla Carta dell'energia[52].

Un esempio emblematico è offerto dall'Ungheria la quale diede avvio alla privatizzazione del settore dell'energia negli anni '90 fornendo, nel contempo, alcuni aiuti di Stati alle società che operavano in tale settore. Una volta divenuto Stato membro della UE nel 2004, il governo ungherese dovette porre termine ai predetti aiuti di Stato in conformità con il diritto europeo della concorrenza introducendo, nel contempo, delle tariffe regolate.

Tre investitori privati, le società AES, Electrabel[53] e EDF (società francese) hanno attivato appositi procedimenti arbitrali contro l'Ungheria lamentando la violazione del predetto Trattato sulla Carta dell'energia, trattato a cui, si badi bene, partecipa la stessa UE.

[51] *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG (Sweden and Europe)* v. *The Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/09/6 (ECT), lodo dell'11 marzo 2011, in http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0890.pdf (consultato il 20/03/2013). Il collegio arbitrale era composto da Marc Lalonde (presidente), Sir Franklin Berman e la prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler. La controversia è stata risolta in via transattiva.

[52] Cfr. *Electrabel S.A*. v. *Rep. Ungheria*, ICSID Case No. ARB/07/19, lodo del 30 novembre 2012, http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1071clean.pdf (consultato il 20/03/2013), ove (punto 4.199) "the Tribunal recognises that it is an international tribunal established under the ECT and the ICSID Convention, in an international arbitration with no seat or legal place within the European Union and with its award potentially enforceable under the ICSID Convention both within and without the European Union. The Tribunal does not consider that any of these factors affect its conclusions as regards the law applicable to the Parties' arbitration agreement, the Tribunal's jurisdiction and the merits of their dispute".

[53] Cfr. *Electrabel S.A*. v. *Rep. Ungheria*, ICSID Case No. ARB/07/19, cit.. Qui, iIl collegio arbitrale era composto da: la prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, la prof. Brigitte Stern, e V.V. Veeder.

Nel caso *AES Summit Generation Limited & AES-Tisza Erömü KFT c. Ungheria*, il lodo del 23 settembre 2010[54] rivela che la Commissione europea aveva richiesto al collegio arbitrale di intervenire in qualità di *amicus curiae*, ai sensi dell'art. 37 del regolamento di arbitrato ICSID, data la sussistenza di alcuni importanti profili di diritto UE in tale controversia.

La controversia, come si è detto poc'anzi, traeva origine dall'adozione, nel 2006 e nel 2007, di una serie di misure destinate a reintrodurre tariffe obbligatorie per la vendita di elettricità. Si trattava, peraltro, di misure adottate a seguito di un acceso dibattito politico sulla privatizzazione del settore energetico ed in particolare sugli ingenti profitti conseguiti da alcune imprese straniere che operavano, attraverso i loro investimenti, sul mercato ungherese dell'energia elettrica.

Dai lodi finora pubblicati emerge che alcuni arbitri hanno considerato che, una volta integrato negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, il diritto dell'Unione va considerato alla stregua del diritto interno e non più del diritto internazionale[55]. Da ciò discende che vale in questo contesto l'art. 27 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, in base al quale "[u]na parte non può invocare le disposizioni del suo diritto interno per giustificare la mancata esecuzione di un trattato", nella fattispecie, il Trattato sulla Carta dell'energia.

Un approccio solo parzialmente diverso, e più sibillino, si rinviene nel lodo *Electrabel* ove gli arbitri, nell'osservare che l'ECT non si era estinto a causa della mera appartenenza alla UE dello Stato convenuto e

[54] ICSID Case No. ARB/07/22, al sito: https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1730_En&caseId=C114 (consultato il 20/03/2013). Arbitri della controversia erano B. Stern, W. Rowley e Werner von Wobeser (presidente).

[55] Lodo *AES* cit., § 7.2.4: "Respondent says that the fact that Claimants' 2001 PPA was governed by the law of Hungary, now an EU member state, further underscores the need to take European Community ("EC") competition law into account in determining whether any modification of the 2001 PPA transgressed the limits set forth in the ECT". Rispetto a ciò, la posizione del collegio arbitrale viene così espressa (§7.6.5-§7.6.6.): "If interpretation of the ECT is required, the general rules of interpretation of the Vienna Convention, established in its Articles 31 and 32 should be applied … Regarding the Community competition law regime, it has a dual nature: on the one hand, it is an international law regime, on the other hand, once introduced in the national legal orders, it is part of these legal orders. It is common ground that in an international arbitration, national laws are to be considered as facts. Both parties having pleading that the Community competition law regime should be considered as a fact, it will be considered by this Tribunal as a fact, always taking into account that a state may not invoke its domestic law as an excuse for alleged breaches of its international obligations".

dello Stato di origine dell'investitore[56], concludono che: "EU law (not limited to EU Treaties) forms part of the rules and principles of international law applicable to the Parties' dispute under Article 26(6) ECT. Moreover EU law, as part of the Respondent's National law, is also to be taken into account as a fact relevant to the Parties' dispute"[57].

In conclusione, nonostante la contemporanea partecipazione degli Stati membri UE e della UE medesima al Trattato sulla Carta dell'energia, non è stata rilevata alcuna "successione" nei trattati, né estinzione dei medesimi che, rimanendo in vigore, hanno esposto singoli Stati membri a contenziosi arbitrali internazionali, spesso dovuti a misure poste in essere in virtù dell'appartenenza all'ordinamento dell'Unione.

4. La sorte dei BITs già in vigore tra Stati membri e Stati terzi

Già nel Trattato di Roma del 1957, istitutivo della CEE, l'art. 234 faceva salvi gli accordi precedentemente stipulati dagli Stati Membri disponendo che non venivano "pregiudicati i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente all'entrata in vigore del Trattato stesso, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall'altra".

Veniva, in tal modo, riconosciuta la compatibilità fra il Trattato CEE e gli accordi vigenti tra Stati membri e Stati terzi attraverso una clausola di compatibilità o subordinazione al fine di consentire il coordinamento e la salvaguardia degli accordi precedentemente conclusi ed evitare complessi conflitti tra trattati[58].

[56] Lodo *Electrabel*, cit., punto 4.194 "The Tribunal also concludes that the ECT and the ICSID Convention were and remain valid treaties under international law legally binding upon the Respondent and validly invoked by the Claimant in this arbitration. In particular, the Tribunal decides that Article 42 of the ICSID Convention and Article 26 ECT are not in any way invalidated, suspended or terminated under international law; nor has the Respondent withdrawn from either treaty. Indeed the Claimant and the Respondent have not contended otherwise before this Tribunal.

[57] Lodo *Electrabel*, cit., punto 4.195, sulla premessa (punto 4.192) secondo la quale: "the Tribunal concludes that it is required to apply to the Parties'arbitration agreement and to the merits of the Parties' dispute in this case the rules of international law agreed by the Parties under Article 42(1) of the ICSID Convention; and that under Article 26(6) ECT, these rules comprise the ECT and rules and principles of international law".

[58] V. ad es. già MONACO, *Coordinamento tra enti internazionali*, in RDI, 1957, p. 190. In argomento, v. *inter multos*, BENTIVOGLIO, in QUADRI, MONACO, TRABUCCHI, *Commentario CEE*, III, Milano, 1965, p. 1693 ss.; ROSSI, *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione Europea*, Milano, 2000; DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, 4 ed., Milano, 2010, p. 190 ss.; VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, 4 ed., Bari, 2013, p. 257 ss. ove ulteriori riferimenti. L'art. 344 TFUE vieta agli Stati membri di

Prima della riforma attuata tramite il Trattato di Lisbona, l'Unione aveva, peraltro, già negoziato alcune clausole in materia di investimenti inserendole nel più ampio contesto degli accordi commerciali orientati al libero accesso al mercato. Una "piattaforma europea in materia di investimenti"[59] esiste, infatti, da anni ma, risultando avvolta dal più fitto riserbo presso gli uffici della Commissione, non è mai stata pubblicata. Prima del trattato di Lisbona, infatti, si riteneva che la competenza in materia di investimenti diretti esteri spettasse in linea generale agli Stati membri ovvero, in casi particolari, si trattava di una competenza mista.

L'approccio generalmente seguito era fondamentalmente questo: all'Unione spettava negoziare per liberalizzare l'accesso ai mercati stranieri nel quadro delle altre competenze facenti parte della politica commerciale comune, mentre agli Stati membri, tramite i "loro" BITs spettava di fissare gli standard di trattamento, protezione e garanzia degli investimenti diretti esteri effettuati dai "loro" operatori.

Non v'è dubbio, quindi, che l'accentramento delle competenze presso la UE, comprese quelle in materia di investimenti diretti esteri, conduca ora ad una razionalizzazione del sistema ed alla fine di ciò che i tecnici dell'UNCTAD, esaminando i grafici sui BITs, chiamavano lo "spaghetti bowl" dei BITs tra Stati membri e Stati terzi.

Il coordinamento tra diversi trattati, tuttavia, deve farsi a mente dell'art. 351 TFUE ai sensi del quale:

"Le disposizioni dei trattati non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall'altra.

Nella misura in cui tali convenzioni siano incompatibili coi trattati, lo Stato o gli Stati membri interessati ricorrono a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità constatate. Ove occorra, gli Stati membri si forniranno reciproca assistenza per raggiungere tale scopo, assumendo eventualmente una comune linea di condotta.

Nell'applicazione delle convenzioni di cui al primo comma, gli Stati membri tengono conto del fatto che i vantaggi consentiti nei trattati da ciascuno degli Stati membri costituiscono parte integrante dell'in-

invocare gli impegni convenzionali assunti in precedenza per sottoporre una controversia sull'interpretazione o sull'applicazione dei Trattati a una procedura di composizione diversa da quelle previste da questi ultimi (cfr. ad es. il parere 1/09 della Corte di Giustizia, del 8 marzo 2011).

[59] Si tratta del *Minimum Platform for Investment for the EU FTAs* su cui v. DE MESTRAL, *Is a model EU BIT possible—or even desirable?,* in http://www.vcc.columbia.edu/content/model-eu-bit-possible-or-even-desirable (consultato il 20/03/2013) ove riferimenti.

staurazione dell'Unione e sono, per ciò stesso, indissolubilmente connessi alla creazione di istituzioni comuni, all'attribuzione di competenze a favore di queste ultime e alla concessione degli stessi vantaggi da parte di tutti gli altri Stati membri."

Da tali disposizioni discende che anche i BITs conclusi da parte di uno o più Stati membri con uno o più Stati terzi prima dell'entrata in vigore del Trattato CEE o comunque prima della data di adesione all'Unione, non vengono pregiudicati dal diritto UE rispetto allo Stato membro in questione.

Senonché, anche le norme di cui sopra vanno lette ed interpretate alla luce della prassi giurisprudenziale e coordinate con il Reg. n. 1219/2012 del 12 dicembre 2012 entrato recentemente in vigore.

In una prima serie di pronunce, la Corte di Giustizia ha dato un'interpretazione alquanto restrittiva delle disposizioni di cui all'art. 351 TFUE. Si tratta in particolare della sentenza del 3 marzo 2009 nella causa C-205/06 *Commissione c. Austria*[60], della sentenza del 3 marzo 2009 nella causa C-249/06 *Commissione c. Svezia*[61] e della sentenza del 19 novembre 2009 nella causa C-118/07 *Commissione c. Finlandia*[62], nelle quali la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha ritenuto che alcune misure specifiche previste da trattati bilaterali in materia di investimenti conclusi da Austria, Svezia e Finlandia erano incompatibili con il trattato CE e che gli Stati membri interessati non avevano preso le misure necessarie per eliminare tali incongruenze. Le predette sentenze, emesse a seguito di procedura d'infrazione attivata dalla Commissione europea, hanno tutte e tre ad oggetto la violazione rispettivamente da parte di Austria, Svezia e Finlandia dell'art. 307 CE (divenuto art. 351, secondo comma TFUE) in relazione ai numerosi accordi bilaterali sugli investimenti conclusi da parte dei predetti Stati precedentemente all'adesione all'Unione Europea, accordi volti a garantire agli investitori la più ampia libertà di trasferimento di fondi e capitali ai fini della realizzazione di investimenti nel loro territorio. La Corte, in accoglimento delle istanze della Commissione, ha dichiarato i predetti accordi internazionali incompatibili con gli artt. 57 TCE (divenuto art. 64 TFUE); l'art. 59 TCE (divenuto art. 66 TFUE) e l'art. 60 TCE (divenuto art. 75 TFUE), in quanto, com'è noto, trattasi di norme che consentono alla CE, ed ora alla

[60] Corte di Giustizia, sentenza del 3 marzo 2009, causa C-205/06, *Commissione* c. *Austria,* in *Racc*. ,2009, p. I-1301.

[61] Corte di Giustizia, sentenza del 3 marzo 2009, causa C-249/06, *Commissione* c. *Svezia,* in *Racc*., 2009, p. I-1335.

[62] Corte di Giustizia, sentenza del 19 novembre 2009, causa C-118/07, *Commissione* c. *Finlandia,* in *Racc*., 2009, p. I-1335.

UE, di imporre restrizioni alla circolazione dei capitali e dei pagamenti tra Stati membri e Stati terzi in presenza di circostanze eccezionali.

Secondo la Corte, gli accordi conclusi dai predetti Stati membri si pongono in contrasto – sia pure solo potenziale! – con l'*acquis* comunitario, in quanto nel prevedere una libertà piena ed incondizionata *per se* della circolazione dei capitali, omettono di prevedere speciali disposizioni che riservino alla UE la possibilità di applicare apposite misure restrittive in materia di pagamenti e capitali, così come previsto dal diritto originario UE.

Per porre rimedio a tale contrasto, la Corte di Giustizia sottolinea che, in ottemperanza all'art. 307 CE (divenuto appunto l'art. 351, secondo comma, TFUE), detti Stati, successivamente alla loro adesione all'Unione, avrebbero dovuto *eliminare* le incompatibilità contestate, attraverso apposite procedure di rinegoziazione sino a giungere, eventualmente, alla denuncia di ciascun accordo internazionale in caso di impedimenti che avessero reso impossibile la modifica.

Tutto ciò, beninteso, oltre che per coerenza con la dottrina dell'effetto utile del diritto UE, soprattutto in virtù del dovere di *leale collaborazione* enunciato dall'art. 10 TCE (ora art. 4 TUE): dovere che impone agli Stati membri di conformarsi al diritto dell'Unione e di astenersi da qualsiasi misura che rischi di compromettere gli scopi dei Trattati.

Appare altresì utile osservare che la Corte, nel respingere le argomentazioni contrarie, ha ritenuto che eventuali *interpretazioni conformi* al diritto comunitario degli accordi *de quibus,* effettuate in via giurisdizionale o persino arbitrale, nonché il ricorso a specifici meccanismi di diritto internazionale (quali quelli della sospensione o estinzione dei trattati, *rebus sic stantibus*) costituiscono strumenti inidonei a garantire la necessaria certezza dell'applicazione del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri[63].

Viene, da ultimo, rigettato anche l'argomento secondo cui il fatto che la procedura d'infrazione sia stata aperta soltanto nei confronti di alcuni Stati avrebbe implicato una discriminazione rispetto ad altri Paesi che hanno concluso analoghi accordi bilaterali di investimento. La Corte,

[63] Né parimenti persuasiva è apparsa alla Corte l'argomentazione della Finlandia secondo cui, in ragione della speciale clausola contenuta nei propri accordi in materia di investimenti secondo cui la tutela è garantita "nei limiti stabiliti dalla legge nazionale" di ogni Parte contraente, una volta emanata, una misura adottata dalle istituzioni comunitarie entrerebbe a far parte della legislazione nazionale in virtù del principio dell'effetto diretto. Anche tale soluzione, in quanto soggetta ad interpretazione giudiziale (ed arbitrale), non offrirebbe garanzia sufficiente per una piena ed immeditata applicabilità delle disposizioni emanate a livello comunitario.

infatti, afferma che uno Stato membro non può giustificare il proprio inadempimento degli obblighi comunitari in ragione dell'inadempimento altrui. Senonché, come rilevato dall'Avv. generale Sharpston, spetta alla Commissione dare o non dare inizio ad un procedimento per infrazione nei confronti di ogni Stato membro, potere che ora viene ulteriormente precisato, *in subiecta materia*, dal Reg. (UE) n. 1219/2012 del 12 dicembre 2012.

Un orientamento parzialmente diverso e meno restrittivo è stato espresso dalla Corte di Giustizia in una recente sentenza relativa al caso *Commissione europea c. Repubblica Slovacca*[64], anch'esso derivante da una procedura d'infrazione. Qui, è stato sottoposto al vaglio della Corte l'Accordo in materia di promozione e tutela reciproca degli investimenti concluso nel 1990 tra la Confederazione svizzera e la Repubblica federativa ceca e slovacca. La controversia traeva origine da un contratto stipulato in data 27 ottobre 1997 –ossia prima dell'adesione della Repubblica Slovacca alla UE – tra la società svizzera Atel e l'operatore di rete di proprietà dello Stato slovacco Seps in base al quale Atel avrebbe contribuito finanziariamente alla costruzione di una linea elettrica atta a collegare la Polonia alla Slovacchia, ottenendo in cambio da parte di Seps il diritto di sfruttare la nuova linea a condizioni privilegiate rispetto ad operatori concorrenti per un periodo temporale di sedici anni, ossia fino al 30 settembre 2014.

La Commissione ravvisava in tale contratto una violazione da parte della Repubblica slovacca dell'art. 9, lett. *e)* e 20, n. 1, della Dir. n.2003/54/CE in materia di non discriminazione nell'accesso alla rete di trasmissione dell'energia elettrica.

La Corte di Giustizia, invece, si pronunciava a favore della tesi prospettata dalla Slovacchia ed in parte dall'avvocato generale Jääskinen, rilevando che l'accordo stipulato tra Atel e Seps costituiva un contratto di investimento, come tale, tutelato dall'Accordo sulla tutela degli investimenti concluso tra la Confederazione svizzera e la Repubblica federativa ceca e slovacca[65]. Orbene, poiché il predetto accordo era stato stipulato in data 5 ottobre 1990 ed era entrato in vigore ben prima dell'adesione della Slovacchia alla CE – avvenuta il 1° maggio 2004 – la Corte riteneva applicabile al caso di specie, l'art. 307 TCE (divenuto art. 351, par.1, TFUE) secondo cui gli obblighi derivanti da un trattato con-

[64] Sentenza del 15 settembre 2011, causa C-264/09, *Commissione* c. *Rep. Slovacca,* al sito: http://curia.europa.eu/juris/document/ document.jsf?text=&docid=109601&pageIndex=0&doclan (consultato il 20/03/2013).

[65] Il diritto di transito riservato ad Atel, infatti, andava considerato quale remunerazione dell'investimento effettuato dalla società svizzera.

cluso *anteriormente* alla data di adesione di uno Stato membro tra quest'ultimo e uno Stato terzo non sono pregiudicati dalle disposizioni del Trattato stesso[66].

Ancora. La Corte, rigettando la tesi della Commissione secondo la quale, in capo alla Slovacchia, non sussisteva alcun obbligo di mantenere in vigore l'accordo bilaterale sino alla sua naturale scadenza, rilevava come la Slovacchia non avesse alcun potere di risolvere un contratto di diritto privato, sottoposto al diritto austriaco, al solo scopo di porre fine alla pretesa infrazione. Ciò in quanto la risoluzione del contratto o altra misura eventualmente posta in essere dalla Slovacchia alla luce della Dir. n. 2003/54/CE, avrebbe avuto come effetto quello di privare la società Atel della remunerazione del proprio investimento alterando, significativamente, il sinallagma contrattuale e violando, in tal modo, l'art. 6 dell'accordo bilaterale volto ad escludere provvedimenti di espropriazione o nazionalizzazione, anche indiretti (c.d. *creeping expropriations*).

Orbene, la fase di transizione in cui oggi ci troviamo risulta appesantita da particolari difficoltà, a cominciare, appunto, dalla sorte dei 1200 trattati bilaterali conclusi tra Stati membri e Stati terzi[67], che rappresentano circa la metà di tutti i BITs esistenti nel mondo.

Indubbiamente, il problema dell'eventuale incompatibilità tra trattati va affrontato nel quadro dei problemi relativi all'efficacia dei trattati così com'è disciplinata dall'ordinamento internazionale ed in particolare dalle norme della Convenzione di Vienna del 1969[68].

Non sembrano, tuttavia, sussistere più dubbi circa l'efficacia dei BITs conclusi dagli Stati membri con Stati terzi prima del 1° dicembre 2009, data di entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Detti trattati,

[66] Secondo la Corte, il trattamento preferenziale accordato ad Atel era dunque da considerarsi legittimo, giacché gli obblighi assunti dalla Slovacchia per la protezione degli investitori svizzeri in Slovacchia, pur incompatibili con le disposizioni della Direttiva 2003/54/CE, prevalevano su quest'ultima.

[67] *UNCTAD Investment Report 2012*, al sito: http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf (consultato il 20/03/2013).

[68] V. in particolare l'art.30. Qui, del resto, non si ha un'incompatibilità automatica tra norme di trattati diversi sulla stessa materia se il conflitto tra le loro disposizioni può risolversi attraverso i principi relativi alla successione nel tempo delle norme di diritto internazionale. Così in base ai principi generali si ha che il conflitto tra le disposizioni del trattato più ampio e quello del trattato più ristretto (ad esempio, un BIT) viene evitato attraverso il principio *lex posterior specialis derogat priori generali*. In argomento v. ROCOUNAS, *Engagements Parallèles et Contradictoires*, in *RCADI*, 1987, p. 9 ss.; DE WITTE, *"Old fashioned flexibility: international agreements between Member States of the European Union*, in DE BURCA, SCOTT (eds.), *Constitutional change in the EU: from uniformity to flexibility?*, Oxford, 2000, pp. 31-58; KLABBERS, *Treaty Conflict and the European Union.* Cambridge, 2008; nonché CARREAU, MARRELLA, *Droit International*, 11 ed., Paris, 2012, p. 201 ss..

compresi quelli conclusi dall'Italia, restano validi ed efficaci sul piano internazionale così come, sia pure *ad abundantiam*, viene puntualizzato nel *considerando* n. 5 del Reg. 1219/2012 laddove si afferma che: "[a]nche se, secondo il diritto internazionale pubblico, gli accordi bilaterali in materia di investimenti restano vincolanti per gli Stati membri e anche se saranno sostituiti progressivamente dagli accordi che saranno conclusi dall'Unione nella stessa materia, è opportuno gestire in maniera appropriata le condizioni alle quali possono essere mantenuti in vigore e i loro rapporti con la politica dell'Unione attinente agli investimenti. Tali rapporti sono destinati ad evolvere via via che l'Unione eserciterà la propria competenza".

Né è possibile inficiare la validità dei BITs conclusi tra Stati membri e Stati terzi attraverso il diritto UE, originario ed, *a fortiori*, derivato come il Reg. 1219/2012. Piuttosto, un discorso diverso va fatto ponendosi unicamente nella prospettiva dell'ordinamento UE. Qui, se ne può mettere in discussione la compatibilità solo rispetto al diritto UE e non rispetto al diritto internazionale: il linguaggio utilizzato dalla Commissione nella Relazione alla proposta del Regolamento *de quo* non dovrebbe dare adito a dubbi laddove si dice, *espressis verbis*, che "[l]a presente proposta mantiene lo status quo e offre una soluzione transitoria autorizzando il mantenimento in vigore di accordi bilaterali in materia di investimenti conclusi tra Stati membri e paesi terzi"[69].

Tale impostazione viene confermata nell'ulteriore *considerando* n. 11 del Regolamento adottato, laddove si invitano gli Stati membri ad adottare ogni misura necessaria per eliminare eventuali incompatibilità con il diritto dell'Unione e paventando, in caso contrario, il ricorso alla procedura d'infrazione di cui all'art. 258 TFUE.

Il capo II del Reg. *de quo* definisce le condizioni alle quali è "consentito" il "mantenimento in vigore degli accordi bilaterali esistenti in materia di investimenti" conclusi tra Stati membri e Stati terzi.

Lo spirito che, alla luce delle considerazioni sopra espresse, dovrebbe animare questo capo è quello della *sostituzione progressiva*, non traumatica, dei BITs dell'UE ai BITs dei singoli Stati membri[70]. Ma co-

[69] Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi da Stati membri e paesi terzi in materia di investimenti, COM/2010/0344 def., par. 2. Né, pare possibile, almeno per ora, sostenere che la UE si sia sostituita *de facto* ai suoi Stati membri per quanto attiene ai loro BITs analogamente a quanto avvenne all'epoca del GATT '47 (in argomento cfr. ad es. MARCHISIO, *EU's membership in International Organizations*, in *The EU as an Actor in International Relations*, a cura di CANNIZZARO, The Hague 2002, pp. 231-260.

[70] Qualora detti accordi fossero preesistenti all'adesione di uno Stato membro all'Unione, questo sarebbe comunque obbligato, in forza dell'art. 351, par. 2, TFUE a

me si vedrà, non mancano nel linguaggio normativo dei momenti di verticalizzazione (se non di autoritarismo verticistico) che stridono con gli ineludibili obblighi in capo agli Stati membri derivanti dall'ordinamento internazionale.

La prima fase è quella della *notifica* alla Commissione, entro l'8 febbraio 2013, di tutti i BITs che gli Stati membri intendono mantenere in vigore[71]. A tale norma, ne segue un'altra, di dubbia legittimità, la quale prevede che i predetti BITs tra Stati Membri e Stati terzi possano essere mantenuti in vigore "fino a quando non entri in vigore un accordo bilaterale in materia tra l'Unione e lo stesso paese terzo". Questa formula può generare l'equivoco sopra richiamato secondo il quale un accordo internazionale bilaterale risulterebbe invalidato o reso inefficace da un altro accordo internazionale dell'Unione che però, rispetto al primo, è *res inter alios acta*. Se l'Italia ha concluso un BIT con il Bangladesh[72] e successivamente lo fa la UE, la soluzione più corretta non è certamente quella della sostituzione d'imperio del BIT UE sul primo BIT, bensì quella del coordinamento tra le norme dei due distinti trattati fino a quando il primo BIT non si estingua *proprio vigore*, ovvero l'Italia decida di denunciare il trattato *de quo* in base alle norme in esso contenute. Certo, l'UE può invitare lo Stato membro e lo Stato terzo, in occasione del nuovo BIT della UE, a porre fine al BIT tra loro stipulato; ciò, però, equivale a dire che resta facoltà dei due Stati contraenti decidere delle sorti del BIT tra loro precedentemente concluso, a prescindere dalla distinta o diversa volontà delle istituzioni dell'Unione.

L'art. 4 del Reg. *de quo* dispone la pubblicazione annuale nella GUUE di tutti i BITs notificati, al fine di darne pubblicità e consentirne la valutazione ad opera della Commissione. L'esame della Commissione, come prevede il successivo art. 5, è analitico ed è volto ad individuare gli eventuali gravi ostacoli che le singole disposizioni dei BITs extra UE potrebbero costituire per l'attuazione della politica commerciale comune. In tal caso, giusta l'art. 6, par. 2, "la Commissione e lo Stato membro in-

ricorrere "a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità constatate" nella misura in cui tali convenzioni siano incompatibili coi Trattati". Si noti, tuttavia, che nella proposta di Regolamento presentata dalla Commissione il 7 luglio 2010, i poteri di revoca dell'autorizzazione della Commissione (di cui all'art. 6 della proposta) assumevano tali dimensioni da stridere con le più fondamentali esigenze di certezza del diritto, almeno dal punto di vista degli Stati terzi.

[71] Art. 2 del Reg. Tale norma si applica anche agli accordi già conclusi ma non ancora entrati in vigore.

[72] V., a tale riguardo, l'accordo per la promozione e la protezione degli investimenti del 20 marzo 1990, reso esecutivo con L. 18 agosto 1993 n. 333 (in G.U. 31 agosto 1993 n. 204, s.o. n. 83).

teressato procedono rapidamente a consultazioni e cooperano al fine di individuare le azioni appropriate per risolvere la questione. La durata di tali consultazioni non supera i novanta giorni".

Il capo III del Reg. *de quo* prevede la "autorizzazione a modificare o concludere" nuovi BITs tra Stati membri e Stati terzi[73]. Il quadro procedurale previsto dal Regolamento si basa su di un meccanismo di "autorizzazione" fondato sul presupposto che gli Stati membri notifichino alla Commissione la loro intenzione di modificare[74] un accordo bilaterale esistente o di concluderne uno nuovo con uno Stato terzo. Qui gli Stati membri sono tenuti a fornire la "documentazione pertinente" alla rinegoziazione o negoziazione del BIT, corredata da indicazioni sugli obiettivi e su "ogni altra informazione pertinente", che potrà essere messa a disposizione degli altri Stati membri nel rispetto degli obblighi di riservatezza.

L'art. 9 precisa i poteri in base ai quali la Commissione può rifiutare l'avvio di negoziati formali da parte di uno Stato membro, in particolare nel caso in cui l'iniziativa di uno Stato membro rischi di compromettere gli obiettivi dei negoziati o della politica dell'UE. Si tratta, principalmente, di fattispecie caratterizzate da "incompatibilità con il diritto

[73] Cfr. a tale riguardo, le soluzioni tecniche già individuate attraverso il Regolamento (CE) n. 662/2009 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 che istituisce una procedura per la negoziazione e la conclusione di accordi tra Stati membri e paesi terzi su particolari materie concernenti la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali, in GU L 200 del 31 luglio 2009, p. 25 ss. Nel Reg. 1219, si rileva comunque una distonia tra le sue norme, tutte volte a dotare la Commissione di pieni poteri autorizzatori, e quelle di diritto originario di cui all'art. 2, par.1, laddove si indica, *expressis verbis*, che "Quando i trattati attribuiscono all'*Unione* una competenza esclusiva in un determinato settore, solo l'*Unione* può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti. Gli Stati membri possono farlo autonomamente solo se autorizzati dall'Unione oppure per dare attuazione agli atti dell'*Unione*". Dunque l'Unione non coincide con la Commissione, come previsto dal nuovo Regolamento, salvo darne una lettura in chiave di legislazione delegata.

[74] Anche la modifica degli accordi esistenti è oggetto di controllo dell'Unione – *rectius* della Commissione! –, secondo quanto indicato al *considerando* n. 9 del Reg. *de quo*. A tal proposito, va sottolineato che la Corte di Giustizia ha avuto modo di chiarire, *aliunde*, che, se un nuovo accordo internazionale, incidendo su un accordo precedente, modifichi stanzialmente il contenuto di quest'ultimo, aggiungendo "nuovi ed importanti obblighi per lo Stato membro", la legittimità di tali obblighi dovrà essere valutata con rispetto alle disposizioni europee in vigore al momento della loro stipula (cfr. Sentenze *Open Sky*, cit., par. 64). Va osservato che, all'art. 6 della proposta di Reg. della Commissione, del 7 luglio 2010, veniva previsto che l'autorizzazione della Commissione ad uno Stato membro poteva essere revocata se "il Consiglio non ha adottato una decisione in merito all'apertura di negoziati ai fini della conclusione di un accordo che coincide in parte o in tutto con un accordo notificato a norma dell'articolo 2". Una norma che pare quasi una ritorsione contro lo stesso Consiglio e che, giustamente, è stata stralciata dal testo definitivo.

dell'Unione" (art. 9, c. 1, lett. *a*) o comunque di "contrasto con i principi e gli obiettivi dell'azione esterna dell'Unione" (lett. *c*) od ancora di accordi che precostituirebbero "un grave ostacolo" alla negoziazione o alla conclusione di accordi bilaterali in materia di investimenti con paesi terzi da parte dell'Unione" (lett. *d*). Qualora l'"autorizzazione" venga concessa dalla Commissione, questa può "chiedere allo Stato membro" di inserire od eliminare apposite clausole onde assicurare la coerenza o la compatibilità del BIT dello Stato membro con il diritto UE.

L'art. 10 impone agli Stati membri di informare costantemente la Commissione sull'andamento dei *negoziati autorizzati*. Inoltre, la stessa Commissione può chiedere di prendere parte ai negoziati in materia di investimenti tra Stati membri e Stati terzi. Qui, la posizione della Commissione appare quindi assimilabile a quella di un osservatore in quanto, salva la diversa volontà degli Stati, le parti contraenti non possono che restare lo Stato membro e lo Stato terzo.

Chiudono il Capo terzo apposite norme riguardanti la conclusione del procedimento di negoziazione. Definito l'accordo, l'atto, prima di essere firmato, viene notificato dallo Stato membro alla Commissione che, ai sensi dell'art. 11 del Reg. *de quo*, effettua una verifica finalizzata a valutare se l'accordo comprometta i negoziati dell'UE in materia di investimenti o sia in contrasto con gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione. In assenza di rilievi in merito, la Commissione autorizza la firma del BIT negoziato dallo Stato membro.

Il Capo IV definisce gli obblighi di condotta degli Stati membri per quanto riguarda gli accordi oggetto del presente regolamento. L'art. 13 dispone che gli Stati membri forniscano informazioni utili sulle riunioni organizzate con Stati terzi in merito ai BITs.

Inoltre, gli Stati membri sono tenuti ad informare immediatamente la Commissione di ogni richiesta di risoluzione delle controversie presentata nei loro confronti sulla base dei predetti BITs e a cooperare con la Commissione stessa per l'attivazione dei meccanismi di risoluzione nei confronti di uno Stato terzo[75].

In caso di controversie, l'art. 13 del Reg. 1219/2012 formalizza il potere della Commissione di partecipare ad eventuali contenziosi internazionali tra lo Stato membro, l'investitore dello Stato terzo e, beninteso, quest'ultimo Stato. È da rilevare che tale partecipazione non corrisponde all'assunzione della posizione di parte nel processo internazionale bensì solo quella di *amicus curiae.* Ma si tratta di uno strano *amicus*. Infatti, la

[75] L'art. 15 istituisce un apposito comitato per gli accordi in materia di investimenti (art. 16) incaricato di assistere la Commissione nella gestione del regolamento e ne stabilisce le modalità di funzionamento.

Commissione, avvalendosi dei poteri sopra ricordati, può condizionare la posizione dello Stato membro in detto procedimento al fine di fare prevalere l'interesse dell'Unione, un interesse che, però può risultare trascendente a quello del singolo Stato membro, sia esso parte convenuta o, assai più raramente, parte attrice.

Ma cosa succederà una volta che la UE avrà stipulato i propri BITs e sarà parte convenuta in un procedimento arbitrale basato su tale trattato?

A ben vedere il problema non è completamente nuovo dato che la UE è già parte contraente del Trattato sulla Carta dell'energia il quale prevede un meccanismo arbitrale esperibile nei confronti di essa.

Per regolare anche questa materia ossia su come gestire le conseguenze finanziarie di eventuali contenziosi nascenti dall'applicazione dei BITs della UE, il 21 giugno 2012, la Commissione ha presentato una apposita proposta di regolamento[76].

In base a detta proposta, tuttora in fase di difficile negoziazione interistituzionale alla UE, nelle controversie tra un investitore straniero e le istituzioni dell'Unione, è su di essa che incombe la responsabilità finanziaria, fermo restando che, in caso di contenzioso diretto contro uno Stato membro dell'Unione, la responsabilità finanziaria resta in capo a quest'ultimo. Ma la materia resta oggetto di forti tensioni tra le istituzioni dell'Unione e numerose sono le questioni che appaiono non ancora pienamente risolte: basti pensare, ad esempio, alla fase transitoria ove finirebbero per essere parti di BITs con lo stesso Stato terzo, sia l'Unione europea che uno Stato membro. Non è affatto semplice stabilire chi sia la parte convenuta ed eventualmente chi abbia la responsabilità, sul piano del diritto internazionale, di un particolare atto che può essere stato commesso dallo Stato membro in esecuzione di un obbligo di diritto dell'Unione[77].

[76] Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che istituisce un quadro per la gestione della responsabilità finanziaria nei procedimenti per la risoluzione delle controversie tra investitori e Stati istituiti da accordi internazionali di cui l'Unione europea è parte, (COM(2012) 335 final) al sito http://trade.ec.europa.eu/ doclib/docs/2012/june/tradoc_149567.pdf (consultato il 20/03/2013).

[77] Secondo la Commissione, il cui approccio si fonda sul parere n. 1/91 della Corte di giustizia, (*Racc*., 1991, I-60709, v. spec. il punto n. 33) "se sono parti di un accordo sia l'Unione europea che lo Stato membro e occorre stabilire chi abbia la responsabilità, sul piano del diritto internazionale, di un particolare atto, la Commissione ritiene che debba essere determinante non l'autore dell'atto, bensì la competenza per la materia oggetto delle norme internazionali in questione, come stabilita dal trattato. In questa prospettiva, è irrilevante che uno Stato membro abbia competenza in forza delle norme relative al mercato interno che lo autorizzano a legiferare nella sfera nazionale". Senonché l'applicazione operativa di detto principio non mancherà di rivelarsi estremamente complessa. Certamente utili anche se non immediatamente risolutivi saranno pure i risultati

Né risulta ancora chiarito contro chi potrà essere eseguito un eventuale lodo arbitrale pronunciato contro la UE.

A differenza dei suoi Stati membri, la UE non è parte contraente né della convenzione di Washington del 18 marzo 1965, né di quella di New York del 10 giugno 1958.

Allo stato attuale del diritto positivo, se un investitore chiedesse il riconoscimento o l'esecuzione di un lodo arbitrale contro la UE, si troverebbe – almeno così ci pare – a dover adire le autorità giudiziarie degli Stati membri, non potendo adire direttamente la Corte di Giustizia. Lo stesso *exequatur* potrebbe essere problematico a causa dell'art. 1 del Protocollo n. 7 sui privilegi e sulle immunità dell'Unione europea[78] finendo così per costituire una base giuridica idonea a portare il contenzioso post-arbitrale alla cognizione del giudice dell'Unione.

In sintesi, l'azione regolatoria della UE in materia di investimenti diretti esteri induce a distinguere tre fattispecie: quelle dei BITs conclusi dagli Stati membri con Stati terzi precedentemente al 1° dicembre 2009 (ossia prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona) che restano internazionalmente in vigore; quella dei BITs conclusi dopo il 1° dicembre 2009 ma prima dell'entrata in vigore del Reg. 1219/2012 che restano in una sorta di "libertà vigilata" dalla Commissione; quella dei BITs futuri della Unione ove in linea di principio spetta unicamente ad essa avviare appositi negoziati con gli Stati terzi affinché si esprima appieno la nuova competenza in materia di politica commerciale comune.

Così, tra i negoziati recentemente avviati dalla Commissione, in materia di politica commerciale comune e toccanti specificamente il settore degli investimenti, vanno menzionati quelli attualmente in corso con il Canada, Singapore e l'India[79]. Altri appositi negoziati sono iniziati con il Giappone e sono attualmente in corso con gli Stati Uniti d'America al fine di creare una "Transatlantic Trade and Investment Partnership" che potrà realizzarsi nel prossimo futuro. Il 20 settembre 2012, la UE si è accordata con la Cina nell'avviare i negoziati per un BIT ad ampio spettro che avrà per oggetto principale la materia degli investimenti diretti esteri.

raggiunti dalla Commissione di diritto internazionale dell'ONU in materia di responsabilità delle organizzazioni internazionali. Si veda l'articolo 64 del documento A/CN.4/L.778 del 30 maggio 2011 e la relazione della Commissione del diritto internazionale, 61 sessione (A/64/10) pp. 173-175.

[78] Che così recita: "I beni e gli averi dell'Unione non possono essere oggetto di alcun provvedimento di coercizione amministrativa o giudiziaria senza autorizzazione della Corte di giustizia".

[79] V. una sintesi aggiornata al sito: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/ december/tradoc_118238.pdf (consultato il 20/03/2013).

5. Considerazioni conclusive

L'espansione del commercio internazionale ha reso la politica commerciale comune (PCC) uno dei principali strumenti delle relazioni esterne dell'Unione Europea. Tale politica, che rientra fra le competenze espresse ed esclusive dell'Unione comporta una gestione unificata delle relazioni commerciali con i Paesi terzi, attraverso una tariffa doganale comune, regimi comuni sia in materia di importazioni ed esportazioni che di investimenti diretti esteri.

La gestione dei vari strumenti di politica commerciale, compresi i BITs dell'Unione, spetta alla Commissione che, sulla base dei mandati approvati dal Consiglio, negozia accordi commerciali con Stati terzi o organizzazioni internazionali.

Il diritto europeo degli investimenti inizia ad affermarsi in un quadro di forti tensioni tra istituzioni dell'Unione nonché rispetto agli Stati membri i quali esitano a rinunciare completamente alla propria sovranità in materia di IDE, specialmente in un contesto di crisi economica globale.

È molto probabile che, nel prossimo futuro, si assisterà all'elaborazione di un Model BIT, al pari di quanto è avvenuto per gli Stati Uniti, nel 2012, o per altri Paesi particolarmente attivi nel commercio internazionale. A differenza di molti Paesi, l'Unione dovrà integrare nel proprio modello di accordo bilaterale anche delle norme di tutela di interessi non economici, *in primis* i diritti umani, secondo quanto è previsto all'art. 21 TUE. Si tratterà, certo, di una sfida competitiva difficile ed interessante ma, se l'Unione riuscirà a mantenere la propria leadership mondiale in materia di investimenti diretti esteri, sarà anche l'avvio alla costruzione di un mondo migliore.

CRISI DELL'IMPRESA E INSOLVENZA TRANSNAZIONALE ALLA LUCE DEL REGOLAMENTO N. 1346/2000. VERSO UNA RIFORMA DELLA COMPETENZA INTERNAZIONALE?·

Peter KINDLER··

SOMMARIO: 1. Introduzione: tempi movimentati per il diritto delle procedure d'insolvenza transfrontaliere. – 2. È auspicabile una definizione legale del "centro degli interessi principali del debitore"? ("*Eurofood*" – "*Interedil*" – "*Rastelli*") – 3. Il principio di priorità e l'art. 3 co. 3 del regolamento ("*Eurodis Texim Electronics S.A.*"). – 4. Come combattere il "turismo d'insolvenza"? ("*Susanne Staubitz-Schreiber*" – "*Interedil*") – 5. La *vis attractiva* del foro dell'apertura della procedura d'insolvenza principale ("*Deko Marty Belgium*" – "*F-Tex SIA*"). – 6. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione: tempi movimentati per il diritto delle procedure d'insolvenza transfrontaliere.

Con il regolamento n. 1346/2000 è stato codificato, per la prima volta a livello comunitario, il diritto internazionale privato e processuale delle procedure d'insolvenza[1]. Il regolamento è entrato in vigore il 31 maggio 2002 e, sin dal 2006, abbiamo assistito allo sviluppo di una giurisprudenza della Corte di Giustizia sempre più ricca al riguardo[2]. A ciò

· Lo scritto si basa sulla relazione tenuta dall'a. al XVII Convegno annuale della Società Italiana di Diritto Internazionale il 1° giugno 2012 a Genova.

·· Ordinario di Diritto civile e commerciale, Diritto internazionale privato e Diritto privato comparato, Università di Monaco di Baviera.

[1] Regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza, in *Gazzetta ufficiale* n. L 160 del 30/06/2000, p. 1 ss., e in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 241 ss.

[2] La prima sentenza fu quella del 17 gennaio 2006, causa C-1/04, *Staubitz-Schreiber*, con nota di KINDLER, *Sitzverlegung und internationales Insolvenzrecht*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 2006, p. 114 ss. (sul trasferimento del centro degli interessi principali del debitore successivamente alla proposizione della domanda, ma anteriormente all'apertura della procedura); seguirono le sentenze del 2 maggio 2006, causa C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd.* (in tema di centro degli interessi principali della società controllata); del 12 febbraio 2009, causa C-339/07, *Christopher Seagon ./. Deko Marty Belgium* (sulla competenza internazionale

si aggiunga che da due anni anche gli organi legislativi dell'Unione nuovamente s'interessano della materia. A tale riguardo deve essere anzitutto presa in considerazione la "Consultazione sul futuro della legislazione europea in materia di procedure d'insolvenza" messa in atto dalla Commissione UE il 30 marzo 2012[3]. Questa consultazione riguarda tra l'altro la competenza internazionale per l'apertura di una procedura d'insolvenza, e l'indagine della Commissione UE mira ad accertare se il centro degli interessi principali del debitore sia un criterio di giurisdizione appropriato (questione n. 7), se la definizione di tale criterio fornita dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia comporti dei problemi applicativi (questione n. 8), se ci siano dei trasferimenti abusivi del centro degli interessi principali ai fini di ottenere l'applicazione di una *lex fori concursus* più favorevole (questione n. 9) e se il rapporto fra il regolamento n. 1346/2000 ed il regolamento Bruxelles I (n. 44/2001) debba essere precisato (questione n. 10). Inoltre, la consultazione deve chiarire se il regolamento n. 1346/2000 affronta in modo soddisfacente i casi d'insolvenza di società facenti parte di un gruppo internazionale (questione n. 11).

Frutto di questa consultazione è la recentissima proposta del 12 dicembre 2012 di una revisione del regolamento n. 1346[4], basata anche

per l'azione revocatoria); del 2 luglio 2009, causa C-111-08, *SCT Industri ./. Alpenblume* (sul rapporto fra il regolamento n. 1346/2000 ed il regolamento n. 44/2001); del 10 settembre 2009, causa C-292/08, *German Graphics* (sull'art. 25 del regolamento n. 1346/2000); del 21 gennaio 2010, causa C-444/07, *MG Probud Gdynia* (sul riconoscimento di una procedura polacca in Germania); del 20 ottobre 2011, causa C-396/09, *Interedil Srl* (sulla nozione del centro degli interessi principali del debitore ed il momento decisivo per stabilirlo); del 17 novembre 2011, causa C-112/10, *Procureur-generaal bij het hoef van beroep te antwerpen ./. Zaza Retail BV* (sui presupposti di una procedura d'insolvenza territoriale); del 15 dicembre 2011, causa C-191/10, *Rastelli* (sull'estensione della procedura principale ad un'altra società con sede in un altro Stato membro dell'Unione Europea, basata sulla confusione di patrimoni); del 19 aprile 2012, causa C-213/10, *F-Tex SIA ./. Lietuvos-Anglijos UAB „Jadecloud-Vilma"* (sulla nozione di azione collegata e strettamente connessa ad una procedura d'insolvenza ai sensi dell'art. 25 del regolamento, ancora riferita all'azione revocatoria). Le domande di pronuncia pregiudiziale in corso riguardano la competenza giurisdizionale in materia di finanziamenti dei soci e azione revocatoria (causa C-494/10), il momento decisivo per la determinazione della legge applicabile ai diritti reali dei terzi ai sensi dell'art. 5 del regolamento (causa C-527/10) e la chiusura della procedura d'insolvenza ai sensi dell'art. 4 co. 2 lett. j del regolamento (causa C-116/11); v., per gli ultimi sviluppi, MANSEL-THORN-WAGNER, *Europäisches Kollisionsrecht 2011: Gegenläufige Entwicklungen*, in *IPRax*, 2012, p. 1 ss., 24 ss.; HÜBLER, *Aktuelles internationales und ausländisches Insolvenzrecht*, in *Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht (NZI)*, 2012, p. 311 ss.

[3] http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/files/120326/insolvency_questionnaire_fr.pdf.

[4] COM(2012) 744 final, 2012/0360 (COD), Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Council Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings; v., a tale riguardo, REINHART, *Die*

sulla Relazione della Commissione giuridica del Parlamento europeo del 17 ottobre 2011 sulle raccomandazioni alla Commissione sulle procedure d'insolvenza nel contesto del diritto societario dell'UE (2011/2006(INI))[5], nonché, in materia di gruppi di società, sulla *Legislative Guide on Insolvency Law Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency* emanata da UNCITRAL il 21 luglio 2010[6].

2. È auspicabile una definizione legale del "centro degli interessi principali del debitore"?

Nel merito, il problema forse più pressante riguarda il centro degli interessi principali del debitore, in seguito per brevità chiamato COMI[7], e la sua idoneità a definire l'ambito della competenza internazionale per l'apertura di procedure d'insolvenza. Tale criterio è infatti utilizzato dall'art. 3 co. 1 del regolamento secondo il quale sono competenti ad aprire la procedura di insolvenza i giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore. Per le società e le persone giuridiche si presume che il centro degli interessi principali sia, fino a prova contraria, il luogo in cui si trova la sede statutaria.

L'importanza fondamentale della giurisdizione non sta soltanto, dal punto di vista economico, nella delimitazione delle fette di mercato per i curatori fallimentari residenti nell'UE, bensì anche nel parallelismo (nella coincidenza) (*Gleichlauf*) fra giurisdizione e legge applicabile sancito dall'art. 4 del regolamento[8]. Dicendolo con le parole della Corte, la determinazione del giudice competente implica quella della legge applicabile[9].

Sin dall'entrata in vigore del regolamento, la nozione di COMI è

Überarbeitung der EuInsVO, in *NZI*, 2012, p. 304 ss.; PAULUS, *EuInsVO: Änderungen am Horizont und ihre Auswirkungen*, in *NZI*, 2012, p. 297 ss.; THOLE - SWIERCZOK, Das *Kommissionsvorschlag zur Reform det EulnsVO*, in *ZIP*, 2013, p. 550 ss.; PRAGER - KELLER, *Der Vorschlag des Europäischen Kommision zur Reform des EulnsVO*, in *NZI*, 2013, p. 57 ss.

[5] Vedine il testo in *International Insolvency Law Review (IILR)*, 2011, p. 558;

[6] Testi UNCITRAL reperibili al sito http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency.html; *amplius* HOLZER, *Die Empfehlungen der UNCITRAL zum nationalen und internationalen Konzerninsolvenzrecht*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, 2011, p. 1894 ss.; la proposta dell'UE (nota 4) disciplina l'insolvenza di società appartenenti ad un gruppo di società agli artt. 42a ss.

[7] Dall'inglese, "*Centre of Main Interests*".

[8] REINHART, in *NZI*, 2012, p. 304 s.

[9] Sentenza *Rastelli*, cit., nota 2, pt. 16; sentenza *Eurofood*, cit., pt. 33.

oggetto dell'attenzione degli studiosi della materia e dei giudici a livello nazionale ed europeo. Sono due gli approcci, fondamentalmente diversi fra loro, per stabilire il centro degli interessi principali del debitore. Da una parte, la teoria del "*mind of management*" di provenienza inglese faceva riferimento al luogo in cui si prendono le decisioni della società di carattere strategico o imprenditoriale, mentre la c.d. teoria della "*business activity*" riteneva decisivo il luogo in cui la società opera in maniera visibile per i terzi[10]. Nella sentenza "*Eurofood*" del 2 maggio 2006 la Corte di Giustizia[11] ha fatto riferimento al considerando n. 13 del regolamento in base al quale per "centro degli interessi principali" s'intende il luogo in cui il debitore esercita in modo abituale, e *riconoscibile dai terzi*, la gestione dei suoi interessi. La sentenza tace, invece, sugli elementi di fatto dai quali i terzi possono dedurre l'esistenza del COMI in un determinato luogo. L'unica certezza derivante da questa decisione è pertanto quella della negazione della teoria del *mind of management*. La Corte, infatti, deduce dal considerando n. 13 che il centro degli interessi principali deve essere individuato in base a criteri al tempo stesso obiettivi e verificabili dai terzi. Tale obiettività e tale possibilità di verifica da parte dei terzi sono necessarie, dal punto di vista della Corte, per garantire la certezza del diritto e la prevedibilità dell'individuazione del giudice competente ad aprire una procedura di insolvenza principale[12]. La negazione della teoria del *mind of management* sta nel punto 36 della sentenza in cui la corte stabilisce che, quando una società svolge la propria attività sul territorio dello Stato membro in cui ha sede, il semplice fatto che le sue scelte gestionali siano o possano essere controllate da una società madre stabilita in un altro Stato membro non è sufficiente per superare la presunzione stabilita dal regolamento[13].

Tuttavia, anche a distanza di 10 anni dall'entrata in vigore del regolamento siamo ancora lontani da quella "certezza del diritto e prevedibilità dell'individuazione del giudice competente" che la sentenza Eurofood proclamava di creare. È vero che la Corte, nelle susseguenti e più recenti sentenze „Interedil" e „Rastelli", ha fornito ulteriori delucidazioni sui possibili elementi di fatto dai quali si può desumere il COMI[14]. In base a queste pronunce, tra gli elementi da prendersi in considerazione vi

[10] V., *amplius*, KINDLER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, tomo 11, 5a ediz., Monaco di Baviera, 2010, art. 3 Regolamento n. 1346/2000 annotaz. 18 ss.

[11] Vedine gli estremi alla nota 2.

[12] Corte di Giustizia, 2 maggio 2006, cit., pt. 33.

[13] REINHART, in *NZI*, 2012, p. 304.

[14] Sentenza "*Interedil*", cit., nota 2, pt. 52 s.; sentenza "*Rastelli*", cit., nota 2, pt. 36, 39.

sono, segnatamente, tutti i luoghi in cui la società debitrice *esercita un'attività economica* e quelli in cui *detiene beni*, a condizione che tali luoghi siano visibili ai terzi. In ogni caso, la valutazione richiesta in merito a tali elementi dev'essere svolta globalmente, tenendo conto delle circostanze peculiari di ciascuna situazione. Più precisamente, la localizzazione in uno Stato membro diverso da quello della sede statutaria di beni immobili appartenenti alla società debitrice, con riferimento ai quali quest'ultima abbia concluso contratti di affitto, nonché l'esistenza, in questo stesso Stato membro, di un contratto stipulato con un istituto finanziario, possono essere considerate elementi obiettivi e, tenuto conto della pubblicità che esse possono presentare, elementi riconoscibili dai terzi.

Comunque anche con queste pronunce la Corte non ha chiarito sufficientemente la portata della giurisdizione *ex* art. 3 del regolamento, visto che le sentenze contengono sempre soltanto gli elementi di fatto rilevanti per il caso concreto. La sentenza "Interedil", a tale riguardo, è contrassegnata addirittura da una certa contraddittorietà. Da una parte, si fa riferimento al luogo in cui la società esercita un'attività economica in modo riconoscibile ai terzi – il che richiama il concetto della *business activity*. Dall'altra parte, si fa invece riferimento al luogo dell'"amministrazione" o del "controllo" esattamente come lo propone la teoria del *mind of management*, teoria che credevamo essere stata superata con la sentenza *Eurofood*.

Parlando *de iure condendo*, una possibile revisione del concetto di COMI deve tener conto della realtà economica in cui la società debitrice svolge la sua attività. Pertanto, non è decisiva l'attività amministrativa di una società proprietaria di immobili ubicati in un altro Stato membro e dati in affitto a dei soggetti ivi residenti, se tale amministrazione è affidata a dei terzi *in loco*. Giustifica invece la giurisdizione l'attività amministrativa di una società di produzione, la quale gestisce l'intera produzione e l'apparato della distribuzione commerciale in un altro Stato membro. Ci pare qui ragionevole fare riferimento all'*attività economica*, essendo questo un termine neutro che comprende attività amministrative, produttive e di distribuzione. Non si metterebbe pertanto più l'accento su circostanze interne quali "amministrazione" o "controllo", menzionate infelicemente nella sentenza "*Interedil*". Inoltre, il termine "attività economica" fa meglio comprendere quanto conti la riconoscibilità per i terzi, una riconoscibilità non necessariamente connessa all'"amministrazione" o al "controllo" di una società. Ci sembra condivisibile, pertanto, la proposta formulata dall'Associazione Avvocati Tedesca secondo cui al catalogo delle definizioni di cui all'art. 2 del regolamento venga

aggiunta una lett. h la quale recita: "Il centro degli interessi principali del debitore, se si tratta di una società o una persona giuridica, è il luogo in cui si trova la sede statutaria, a meno che il centro dell'attività economica rilevante in base all'oggetto sociale non si trovi in un altro Stato membro e questo sia riconoscibile ai terzi[15]."

Vista la persistente incertezza nell'applicazione pratica del criterio del COMI si deve dunque constatare, ai sensi della questione n. 8 della consultazione[16], che la definizione di tale criterio fornita dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia comporta dei problemi applicativi. Ci sembra pertanto auspicabile una definizione legale del "centro degli interessi principali del debitore". La proposta del 12 dicembre 2012[17] ne tiene conto in parte all'art. 3 co. 1 frase 2 dove si stabilisce che il COMI deve essere riconoscibile (*"ascertainable by third parties"*).

3. Il principio di priorità e l'art. 3 co. 3 del regolamento

Non sempre il COMI giustifica la giurisdizione per l'apertura di un procedimento principale. A volte è sufficiente che il giudice di uno Stato membro in cui si trova uno stabilimento (il regolamento parla di "dipendenza", art. 2 lett. h, art. 3 co. 2) sia stato più veloce ad aprire il procedimento. Dispone infatti l'art. 3 co. 3 una specie di principio di priorità secondo cui, se è aperta una procedura d'insolvenza principale, le procedure d'insolvenza aperte successivamente sono necessariamente procedure secondarie ai sensi degli artt. 27 ss. del regolamento. Una volta reclamata la giurisdizione per un procedimento principale, anche se ingiustificatamente, per i giudici di un altro Stato membro ed i curatori fallimentari ivi esercitanti la loro professione non resta altro che accontentarsi degli strumenti limitati offerti da una procedura secondaria (cioè con effetti limitati ai beni del debitore situati in quello Stato membro, art. 27 del regolamento). Questo meccanismo è un invito ad un vero e proprio "*race of the courts*": chi prima arriva, meglio alloggia![18] In situazioni in cui pendono delle domande di apertura parallele in più Stati membri prevale – con effetti universali, poiché si applica ai beni del debitore situati

[15] Così deliberato dal Gruppo di lavoro Europa del *Deutscher Anwaltsverein* (DAV; Associazione tedesca di Avvocati) il 14 settembre 2011 a Düsseldorf, cfr. REINHART, in *NZI*, 2012, p. 304.

[16] V. *supra*, nota 3.

[17] *Supra*, nota 4.

[18] V., dal punto di vista di un professionista del campo, REINHART, in *NZI*, 2012, p. 304, 306.

in tutti gli Stati membri ai quali è applicabile il regolamento – la procedura aperta per prima[19]. Com'è noto, tale procedura deve essere riconosciuta ai sensi dell'art. 16 del regolamento anche se il COMI chiaramente non era situato in quello Stato[20].

La sentenza *Eurofood* non ha risolto questa situazione a dir poco insoddisfacente. È considerata "apertura di un procedimento principale" qualsiasi decisione che comporti lo spossessamento del debitore e comprenda la nomina di un curatore anche provvisorio. Ciò che importa è che il debitore perda i poteri di gestione di cui dispone sul proprio patrimonio[21]. In base a questa formula già l'adozione di misure cautelari nella fase preparatoria garantisce il carattere principale della procedura.

La sentenza *Eurofood* non convince per quanto riguarda le precisazioni ivi contenute in punto di priorità fra procedure parallele. Infatti, il momento dell'adozione di misure cautelari, quali un divieto provvisorio a disporre dei propri beni rivolto al debitore[22], non pare idoneo a giustificare la priorità della relativa procedura[23]. Le misure cautelari mirano unicamente alla conservazione della massa e non già alla sua distribuzione. Soprattutto, esse non presuppongono l'esame approfondito della competenza internazionale[24]. Inoltre siamo di fronte ad una contraddizione insuperabile con la *ratio* dell'art. 27 del regolamento: in base a tale norma, il giudice della procedura secondaria non è obbligato, al momento dell'apertura di tale procedura, ad esaminare l'insolvenza del debitore. La norma chiaramente presuppone che l'insolvenza, requisito indispensabile per l'apertura di una procedura ai sensi del regolamento (vedine lo stesso art. 1 co. 1), sia già stata esaminata dal giudice della procedura principale. Questo esame non è però stato fatto qualora, come nel caso *Eurofood*, tale procedura è nata con delle misure cautelari. Così, la sen-

[19] REINHART, in *NZI*, 2012, p. 304, 305.

[20] Sentenza *Eurofood*, cit., nota 2, massima n. 2; Sentenza *Probud Gdynia*, cit., nota 2, pt. 21 ss.; un esempio eclatante di tale regola è la decisione del High Court London, 19 aprile 2011 [2011] EWHC 1025 (Ch.), anche in *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)*, 2012, p. 199, preceduta in Italia dalla decisione della Corte d'appello di Torino, 10 marzo 2009, *Illochroma Italia srl in liquidation judiciare c. Fallimento Illochroma Italia srl e altri*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2009, pp. 1293 s.

[21] Sentenza *Eurofood*, cit., nota 2, pt. 58, massima n. 3.

[22] Cfr. § 21 co. 2 n. 2 della legge tedesca sulle procedure d'insolvenza *(Insolvenzordnung)*, traduzione italiana in GUGLIELMUCCI (a cura di); *amplius* KINDLER, *La procedura concorsuale unitaria* (Insolvenzverfahren) *nel diritto tedesco*, in CORAPI ET AL. (a cura di), *Trattato del diritto delle procedure d'insolvenza*, tomo 5, Torino, 2012 (in corso di stampa).

[23] CHR. PAULUS, *Europäische Insolvenzverordnung*, 2a ediz., Heidelberg, 2007, art. 3 annotaz. 13; REINHART, in *NZI*, 2012, p. 304, 305 s.

[24] § 21 *Insolvenzordnung*.

tenza *Eurofood* non provoca altro che un *"race of the courts"* ad emanare per prime delle misure cautelari contro il debitore.

Sarebbe preferibile una priorità basata sul momento della proposizione della domanda d'insolvenza, esattamente come lo prevede il Regolamento di Bruxelles per risolvere il problema analogo della multipla litispendenza [25]. È vero che al posto del *"race of the courts"* si avrebbe un *"race to the courts"*, ma almeno questa corsa la perderebbe il creditore più lento e non quello che si trova davanti al giudice fallimentare più lento.

Di conseguenza si propone di inserire la seguente norma nel regolamento[26]: „Se dovessero pendere delle domande di apertura di una procedura d'insolvenza in più Stati membri, decide per primo sulla sua competenza internazionale il giudice adìto per primo. Prima di una tale decisione il giudice sente i curatori fallimentari provvisori nominati in altre procedure d'apertura".

Una norma del genere aiuterebbe ad evitare casi come il seguente, deciso dalla High Court di Londra il 19 aprile 2011[27]:

Un giudice inglese emana un *administration order*[28] contro una società di diritto belga basandosi sulla circostanza che il COMI di tale società è situato in Inghilterra (art. 3 co. 1 del regolamento). Tre anni dopo l'inizio della procedura, quando questa era oramai chiusa, mancando solo la distribuzione finale delle somme ricavate ai creditori, all'insaputa degli *administrators* è stata aperta una procedura d'insolvenza contro la società di diritto belga ed è stato nominato un fiduciario (*"trustee"*) belga. Alla procedura belga non è stato attribuito il carattere di procedura secondaria (cfr. art. 3 co. 3 frase 1 regolamento n. 1346/2000). Gli *administrators* inglesi venivano a conoscenza di questa procedura solo tre mesi dopo la nomina del *trustee*. La High Court rifiutava l'autorizzazione al prosieguo della procedura inglese.

[25] Artt. 27 co. 1, 30 del Regolamento (CE) n. 44/2001.

[26] Formulazione sempre adottata dal Gruppo di lavoro Europa, cit., nota 15; con commento di REINHART, in *NZI*, 2012, p. 304, 306.

[27] High Court (Chancery Division), sentenza del 19 aprile 2011, Re Eurodis Texim Electronics S.A., [2011] EWHC 1025 (Ch), con nota di VORPEIL, in *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)*, 2012, p. 199.

[28] Una procedura d'insolvenza menzionata nell'allegato A di cui all'art. 2 lett. a del regolamento; cfr. section 8 ss. UK Insolvency Act 1986, testo reperibile al sito http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.insolvency.gov.uk/insolvencyprofessionandlegislation/legislation/uk/insolvencyact.pdf.

4. Come combattere il "turismo d'insolvenza"? ("Susanne Staubitz-Schreiber")

La questione n. 9 della consultazione iniziata dalla Commissione UE[29] mira a chiarire se ci sono dei trasferimenti abusivi del centro degli interessi principali ai fini di ottenere l'applicazione di una *lex fori concursus* più favorevole di quella in cui il debitore ha il suo attuale COMI. Non sono tanto problematici, a tale riguardo, i casi in cui il debitore sostiene l'interpretazione estensiva delle norme in tema di competenza internazionale per vedersi applicare una *lex fori concursus* più favorevole. Sembra lecito, ad es., il tentativo di ottenere uno *Scheme of Arrangement* (paragonabile al concordato preventivo) davanti alla *High Court London*[30]. Non è illecito il *forum shopping* nell'ambito di varie competenze internazionali esistenti[31].

Di diversa natura è invece il vero e proprio trasferimento del COMI, cioè una manipolazione deliberata del criterio di collegamento al fine di ottenere l'applicazione di una legge fallimentare più favorevole. Un motivo per una manovra del genere potrebbe essere l'esdebitazione del debitore privato (*Restschuldbefreiung*) prevista in alcuni ordinamenti[32].

Il caso pilota è quello della signora *Susanne Staubitz-Schreiber*[33]. La ricorrente nella causa principale risiedeva in Germania, dove gestiva un'impresa individuale di commercio di apparecchi e di accessori di telecomunicazione. Nel corso dell'anno 2001 cessava la gestione di tale impresa e, il 6 dicembre 2001, presentava domanda di apertura di una procedura d'insolvenza sul proprio patrimonio dinanzi al giudice fallimentare di Wuppertal/Germania. Il 1° aprile 2002 essa trasferiva la propria residenza in Spagna per viverci e lavorarci. Con ordinanza del 10 aprile 2002, il giudice tedesco rifiutava di aprire la procedura d'insolvenza richiesta per mancanza di attivo (§ 26 InsO). Il ricorso presentato dalla ricorrente nella causa principale contro tale ordinanza veniva poi respinto dal tribunale competente con le ordinanze del 14 agosto

[29] Sopra, nota 3.

[30] Cfr. la sentenza Rodenstock del *High Court of Justice*, Re Rodenstock GmbH, [2011] EWHC 1104 (Ch), anche in *NZI*, 2011, p. 557; VORPEIL, in *RIW*, 2011, p. 679; sul punto anche *Bundesgerichtshof*, sentenza del 15 febbraio 2012, causa IV ZR 194/09, in *ZIP*, 2012, p. 740, anche in *BeckRS*, 2012, 07512; CHR. PAULUS, *Das englische Scheme of Arrangement - ein neues Angebot auf dem europäischen Markt für außergerichtliche Restrukturierungen*, in *ZIP*, 2011, p. 1077 ss.

[31] SONNENBERGER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, tomo 10, 5a ediz., Monaco di Baviera, 2010, *Einleitung Internationales Privatrecht*, annotaz. 765.

[32] V., ad es., KINDLER, *op. cit.*, sub 5.

[33] *Corte di Giustizia*, sentenza del 17 gennaio 2006, *supra* nota 2.

2002 e del 15 ottobre 2003: ai giudici tedeschi sarebbe infatti mancata la competenza ad aprire la procedura d'insolvenza in conformità all'art. 3 n. 1 del regolamento, poiché il centro degli interessi principali della ricorrente nella causa principale si trovava in Spagna. La ricorrente nella causa principale presentava allora un ricorso dinanzi al *Bundesgerichtshof* al fine di ottenere l'annullamento delle ordinanze menzionate e il rinvio della causa dinanzi al giudice locale. La ricorrente sosteneva che la competenza internazionale dovrebbe essere esaminata in relazione alla situazione esistente al momento in cui la domanda di apertura della procedura d'insolvenza è stata depositata, ossia, nel caso di specie, prendendo in considerazione il suo domicilio in Germania nel dicembre 2001.

Al riguardo, la Corte di Giustizia riteneva che il giudice dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore al momento della proposizione da parte di quest'ultimo della domanda di apertura della procedura d'insolvenza resta competente ad aprire la detta procedura quando tale debitore trasferisca il centro dei propri interessi principali nel territorio di un altro Stato membro successivamente alla proposizione della domanda, ma anteriormente all'apertura della procedura[34]. È vero che il regolamento non precisa se il giudice inizialmente adìto – nel caso di specie quello tedesco – resti competente qualora il debitore abbia trasferito il centro dei propri interessi principali dopo la presentazione della domanda di apertura della procedura, ma prima dell'adozione della decisione di apertura. Tuttavia, la Corte giustamente ritiene che un trasferimento di competenza dal giudice inizialmente adìto al giudice di un altro Stato membro – cioè nel caso di specie al giudice spagnolo – per via del successivo trasferimento del COMI sarebbe contrario agli obiettivi perseguiti dal regolamento. Infatti, dal quarto considerando di quest'ultimo si deduce chiaramente l'intento del legislatore comunitario di dissuadere le parti dal trasferire i beni o i procedimenti giudiziari da uno Stato membro ad un altro al fine di ottenere una situazione giuridica più favorevole. Tale obiettivo non sarebbe raggiunto se il debitore potesse trasferire il centro dei propri interessi principali in un altro Stato membro tra la presentazione della domanda di apertura e l'adozione della decisione di apertura della procedura e determinare, in questo modo, il giudice competente nonché il diritto applicabile. Un altro motivo contro il trasferimento della competenza internazionale sta nello scopo del regolamento (v. considerando n. 2 e 8) di un funzionamento efficace, migliore e accelerato delle procedure transfrontaliere. Tale scopo sarebbe vanificato se i creditori fossero costretti

[34] Corte di Giustizia, sentenza del 17 gennaio 2006, *supra* nota 2 ,pt. 21-22.

a cercare continuamente il debitore nei Paesi là dove questi di volta in volta decidesse di stabilirsi in modo più o meno definitivo. Ciò comporterebbe, in pratica, spesso un allungamento della procedura.

Nella sentenza *Interedil* del 20 ottobre 2011 la Corte di Giustizia ha dovuto affrontare il caso del trasferimento della sede statutaria della società debitrice in un altro Stato membro, cioè da Bari a Londra, due anni prima della proposizione della domanda di apertura di una procedura d'insolvenza in Italia. Inoltre, sempre prima della proposizione di tale domanda, la società era stata cancellata dal registro delle imprese britannico. La Corte[35] fa qui espressamente riferimento alla appena ricordata sentenza *Staubitz-Schreiber*, sottolineando che, in linea di principio, è la localizzazione del centro degli interessi principali del debitore alla data di proposizione della domanda di apertura di una procedura d'insolvenza a rilevare per l'individuazione della giurisdizione. Di conseguenza, nel caso di un trasferimento della sede statutaria prima della proposizione di una domanda di apertura di una procedura d'insolvenza, è presso la nuova sede statutaria che si presume si trovi il centro degli interessi principali del debitore. Decisivo è dunque il luogo dell'ultimo centro degli interessi principali al momento della cancellazione della società debitrice e della cessazione di ogni attività da parte della stessa.

Come ha ricordato il *Bundesgerichtshof* in un caso simile, riferendosi alla sentenza *Staubitz-Schreiber*, tuttavia l'art. 3 co. 1 del regolamento mira alla maggiore certezza del diritto per i creditori che hanno valutato i rischi da assumere in caso d'insolvenza del debitore rispetto al luogo in cui si trovava il centro degli interessi principali di questi al momento in cui essi entravano in rapporti giuridici con lui[36]. Questa prevedibilità non sarebbe più garantita se, al momento della cessazione dell'attività, fosse competente il giudice dello Stato in cui si trova la sede statutaria della società, nonostante la società abbia in quel momento il centro dei suoi interessi principali in un altro Stato. Infatti, in tal caso verrebbe frustrato l'affidamento dei creditori nello svolgimento di una eventuale procedura d'insolvenza in tale Stato e nell'applicazione del diritto fallimentare sostanziale dello Stato in questione (art. 4 del regolamento)[37].

Come sono da valutare queste sentenze e il fenomeno del debitore "nomade" in generale? È il caso di disciplinare, a livello legislativo, una specie di *perpetuatio fori* che fa riferimento al momento della proposi-

[35] Corte di Giustizia, sentenza del 20 ottobre 2011, cit., nota 2, pt. 54 ss.

[36] *Bundesgerichtshof*, ordinanza del 1° dicembre 2011, causa IX ZB 232/10, in *RIW*, 2012, p. 168, pt. 15.

[37] In questo senso anche le conclusioni dell'Avvocato Generale del 10 marzo 2011, pt. 53, 54 – *Interedil*.

zione della domanda di apertura di un procedimento d'insolvenza? La risposta a tale quesito deve prendere le mosse dalla libertà di stabilimento garantita dal Trattato sul Funzionamento dell'UE (TFUE). L'art. 49 TFUE vieta espressamente le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro. Di conseguenza, in linea di principio la decisione del debitore di trasferire il suo COMI da uno Stato membro verso un altro va rispettata, nel senso che cambia la competenza internazionale ai sensi dell'art. 3 del regolamento[38].

L'unica eccezione a tale regola si ha nei casi in cui siamo di fronte ad un abuso della libertà di stabilimento. Infatti, è giurisprudenza costante della Corte che nessuno possa avvalersi abusivamente o fraudolentemente delle libertà fondamentali previste dal Trattato[39]. Sembra difficile, tuttavia, disciplinare singole situazioni concrete in cui il trasferimento del COMI costituisce un abuso della libertà di stabilimento. D'altra parte, la competenza internazionale deve essere prevedibile e calcolabile per i terzi. Per raggiungere tale obiettivo, si potrebbe pensare ad introdurre una specie di periodo sospetto, figura nota anche al diritto fallimentare sostanziale in materia di azione revocatoria (cfr. §§ 129 ss. InsO; art. 67 ss. l. fall.), entro il quale il trasferimento del COMI non cambia più la competenza. Una tale norma, seguendo l'esempio dell'art. 9 co. 2 della legge fallimentare italiana, potrebbe disporre come segue:

"Se, nell'anno prima della proposizione della domanda di apertura, il centro degli interessi principali è stato trasferito da uno Stato membro ad un altro Stato, restano competenti ad aprire la procedura di insolvenza i giudici dello Stato membro nel cui territorio era situato originariamente il centro degli interessi principali del debitore, salvo che la maggior parte dei debiti sia nata dopo il trasferimento del centro degli interessi principali"[40].

Un tale *look-back-period* contribuirebbe in misura notevole alla certezza del diritto[41] e si troverebbe in sintonia con altre norme del diritto internazionale privato e processuale europeo miranti alla tutela dei creditori o comunque del partner contrattuale di un soggetto che cambia residenza. Un primo esempio tratto dalla normativa europea già esistente è

[38] REINHART, in *NZI*, 2012, p. 304, 306.

[39] *Corte di Giustizia*, sentenza del 30 settembre 2003, causa C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam./.Inspire Art Ltd.*, pt. 136 (con ulteriori riferimenti); *amplius* Kindler, op. cit., nota 10, annotaz. 430 ss..

[40] Formulazione discussa in ambito del Gruppo di Lavoro Europa, cit., nota 15.

[41] Vedi, invece, il punto di vista critico a tale riguardo di REINHART, in *NZI*, 2012, p. 304, 306.

l'art. 8 co. 16 del regolamento n. 2157/2000 relativo alla Società Europea. In base a questa disposizione, una Società Europea che abbia trasferito la sede sociale in un altro Stato membro è considerata, rispetto a qualsiasi controversia anteriore al trasferimento, come avente la sua sede sociale nello Stato membro in cui la Società Europea era iscritta prima del trasferimento, anche se essa è chiamata in giudizio dopo quest'ultimo. Un altro esempio ce lo offre l'art. 19 co. 3 del regolamento n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I"), il quale evita il rinvio mobile in materia contrattuale, stabilendo la *lex contractus* in base alla residenza abituale di un soggetto con riferimento al momento della conclusione del contratto.

D'altro canto, un tale criterio per la giurisdizione, che fa riferimento ad una situazione di fatto nel passato, non terrebbe conto del carattere collettivo delle procedure d'insolvenza. Il criterio di giurisdizione deve valere per tutti i crediti e deve essere riconoscibile per tutti i creditori (considerando n. 13). Ora, i creditori che diventano tali solo dopo il trasferimento del COMI non sono in grado di valutare in che misura il debitore abbia dei debiti nei confronti di soggetti domiciliati nel paese del COMI precedente[42]. Pare dunque preferibile non cambiare il testo dell'art. 3 co. 1 del regolamento e fidarsi anche in futuro della capacità dei giudici a saper gestire i casi in cui c'è stata la simulazione di un trasferimento del COMI[43]. Così, ad es., è stata revocata l'esdebitazione dalla *Cour d'appel* di Colmar ([44]) e, in un caso analogo, il tribunale di Colonia che ha negato il riconoscimento di un'esdebitazione straniera a causa del carattere abusivo del trasferimento del COMI, contrario all'ordine pubblico tedesco ai sensi dell'art. 26 del regolamento[45].

5. La vis attractiva *del foro dell'apertura della procedura d'insolvenza principale ("Deko Marty Belgium"; "F-Tex SIA")*

La proposta di una revisione del regolamento del 12 dicembre 2012 contiene, all'art. 3a, una norma che disciplina la competenza per i proce-

[42] REINHART, in *NZI*, 2012, p. 304, 306.

[43] *Official Receiver v. Mitterfellner* [2009] BPIR 1075 EWCA Civ 974; REINHART, in *NZI*, 2012, p. 304, 306; sull'esdebitazione v. GUGLIELMUCCI, *La procedura concorsuale unitaria nell'ordinamento tedesco*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 504 ss., 522 s.

[44] Sentenza del 13 dicembre 2011, causa I A 11/01869, in *BeckRS*, 2012, p. 03320.

[45] Tribunale di Colonia, sentenza del 14 ottobre 2011, causa 82 O 15/08, in *NZI,* 2011, p. 957; v. anche le osservazioni critiche al riguardo da parte di MANKOWSKI, in *NZI*, 2011, p. 958; *amplius* la monografia di REUSS, *Forum Shopping in der Insolvenz*, Tubinga, 2011, p. 318 ss.

dimenti connessi[46]. In precedenza, è stato discusso per qualche anno se l'art. 3 co. 1 del regolamento disciplini la competenza internazionale anche per i procedimenti "connessi" ai sensi dell'art. 25 co. 1 del regolamento[47]. A tale riguardo, la Corte ha deciso, nella sentenza *"Deko Marty Belgium"* del 2009, che l'art. 3 co. 1 del regolamento deve essere interpretato nel senso che i giudici dello Stato membro sul territorio del quale la procedura d'insolvenza è stata avviata sono competenti a statuire su un'azione revocatoria fondata sull'insolvenza e diretta contro il convenuto con sede statutaria in un altro Stato membro[48]. Tale azione revocatoria è stata presentata dal curatore fallimentare di una società tedesca e la *Deko Marty Belgium NV* ("*Deko*"), in merito alla restituzione da parte di quest'ultima della somma di 50.000 euro che le era stata versata dalla società debitrice nel periodo sospetto ai sensi delle norme tedesche in materia di revocatoria fallimentare (§§ 129 ss. InsO).

La sentenza "*Deko Marty*" fa riferimento, *in primis*, ad una sentenza pilota del 1979 secondo cui un'azione si "riconnette" ad una procedura fallimentare quando deriva direttamente dal fallimento e si inserisce strettamente nell'ambito del procedimento fallimentare o di amministrazione controllata[49]. Questa formula è poi riprodotta nel considerando n. 6 del regolamento n. 1346/2000. In "*Deko Marty*", la Corte ha ritenuto la relativa concentrazione di tutte le azioni direttamente legate all'insolvenza di un'impresa dinanzi ai giudici dello Stato membro competente per l'avvio della procedura d'insolvenza anche conforme all'obiettivo del miglioramento dell'efficacia e della rapidità delle procedure di insolvenza che presentano effetti transfrontalieri, di cui ai considerando n. 2 e n. 8 del regolamento n. 1346/2000[50]. La sentenza "*Deko Marty*" è chiaramente influenzata dalla teoria della *vis attractiva* internazionale del foro della procedura d'insolvenza[51].

La sentenza sembra ispirarsi, oltre a queste considerazioni generali, anche all'idea del *favor creditoris*, cioè della comunità dei creditori, là

[46] Art. 3a co. 1 della proposta (nota 4): "The courts of the Member State within the territory of which insolvency proceedings have been opened in accordance with Article 3 shall have jurisdiction for any action which derives directly from the insolvency proceedings and is closely linked with them."

[47] KINDLER, *op. cit.*, nota 10, art. 3 regolamento n. 1346/2000, annotaz. 82 ss.

[48] Sentenza del 12 febbraio 2009, cit., nota 2.

[49] Sentenza del 12 febbraio, cit., nota 2, pt. 19, riferendosi alla sentenza del 22 febbraio 1979, causa 133/78, *Gourdain*, in *Racc.*, p. 733, pt. 4.

[50] Sentenza del 12 febbraio 2009, cit., nota 2, pt. 22.

[51] HEEMANN, *Case Note: Reference for a preliminary judgment by the Lithuanian Supreme Court to the European Court of Justice – Annotations to IILR 2010, 115*, in *International Insolvency Law Review (IILR)*, 2011, p. 187, 191.

dove fa riferimento al considerando n. 4 del regolamento, secondo cui è necessario, per un buon funzionamento del mercato interno, dissuadere le parti dal trasferire i beni o i procedimenti giudiziari da uno Stato ad un altro al fine di ottenere una migliore situazione giuridica (*forum shopping*)[52]. La possibilità che diversi fori esercitino una stessa competenza per quanto riguarda le azioni revocatorie avviate in diversi Stati membri comporterebbe l'indebolimento delle possibilità di conseguire tale obiettivo[53].

La sentenza "*Deko Marty*" è da condividere pienamente: rafforza la posizione del curatore e aumenta le prospettive per i creditori di ottenere il soddisfacimento dei loro crediti. Tiene conto del considerando n. 6 secondo cui il regolamento disciplina le competenze non solo per l'apertura delle procedure di insolvenza, *ma anche per le decisioni che scaturiscono direttamente da tali procedure e sono ad esse strettamente connesse*.

Alla luce della sentenza "*Deko Marty*" sorprende molto la recente sentenza "*F-Tex SIA*" del 19 aprile 2012[54]. Si trattava di un'azione intrapresa sulla base della cessione, da parte del curatore fallimentare di una società tedesca, del suo credito di restituzione derivante dall'azione revocatoria (§ 143 InsO). Invece di proporre davanti al giudice tedesco l'azione revocatoria contro il terzo con sede in Lituania, il curatore ha venduto il suddetto credito alla *F-Tex SIA*, con l'accordo che la *F-Tex SIA* non fosse obbligata a procedere al recupero del credito ceduto; qualora tuttavia la *F-Tex SIA* decidesse di procedere in tal senso, le parti convenivano che essa versasse al curatore fallimentare il 33% del ricavo così ottenuto. Secondo la sentenza "*F-Tex SIA*" – e diversamente dalla sentenza "*Deko Marty*" – è esclusa dal regolamento n. 1346/2000 l'azione proposta nei confronti del terzo da parte del cessionario. Oggetto della cessione era il credito di restituzione derivante dall'azione revocatoria spettante al curatore fallimentare in base alla *lex fori concursus*. Di conseguenza, il cessionario di tale credito deve agire contro il terzo davanti al giudice dello Stato membro in cui il terzo è domiciliato (art. 2 Regolamento Bruxelles I) e non può invocare la *vis attractiva concursus* (cfr. art. 24 della legge fallimentare italiana).

Non mi sembrano convincenti le ragioni con cui la Corte nega che l'azione nel procedimento principale fosse "strettamente connessa" alla procedura d'insolvenza come lo richiede la sentenza *Deko Marty*[55]. È

[52] Sentenza del 12 febbraio 2009, cit., nota 2, pt. 23.
[53] Sentenza del 12 febbraio 2009, cit., nota 2, pt. 24.
[54] *Supra*, nota 2; HEEMANN, cit.
[55] Sentenza del 19 aprile 2012, pt. 35-49.

vero che, a differenza del ricorrente nel caso *Deko Marty*, il ricorrente *F-Tex SIA* non agisce in qualità di curatore fallimentare, vale a dire in quanto organo di una procedura d'insolvenza, bensì in qualità di cessionario di un credito. In realtà, l'azione revocatoria, anche se proposta da un terzo, ha però un legame diretto con l'insolvibilità del debitore ed è pertanto strettamente connessa alla procedura d'insolvenza. Infatti, la revocatoria fallimentare presuppone che ci sia una procedura d'insolvenza e mira alla realizzazione della *par condicio creditorum*. Di conseguenza, come sostenuto anche dalla Commissione europea, l'origine e il contenuto dell'azione intentata dal cessionario coincidono sostanzialmente con quelli propri di un'azione revocatoria intrapresa dal curatore fallimentare.

Nel caso *F-Tex SIA*, la Corte ha lasciato aperto il legame con l'insolvibilità del debitore perché in ogni caso l'esercizio, da parte del cessionario *F-Tex SIA*, del diritto acquisito non sarebbe strettamente connesso alla procedura d'insolvenza. In primo luogo, a differenza del curatore fallimentare che è, in linea di principio, tenuto ad agire nell'interesse dei creditori, il cessionario sarebbe libero di esercitare o meno il diritto di credito acquisito. È vero che il giudice del rinvio aveva constatato che la *F-Tex SIA* non era legalmente obbligata a procedere al recupero del credito ottenuto in virtù della cessione. Non si capisce però in che senso questa differenza (se veramente dovesse sussistere, v. *infra*) dovesse giovare al terzo che, dal pagamento effettuato dal debitore, trae il vantaggio di non dover concorrere con gli altri creditori. Perché questo terzo può essere convenuto dal cessionario soltanto davanti al giudice dello Stato in cui risiede (art. 2 Regolamento Bruxelles I), e dal curatore anche davanti al giudice dello Stato in cui si svolge la procedura d'insolvenza (art. 3 co. 1 regolamento n. 1346/2000)? Mi sembra un privilegio del tutto ingiustificato. Il terzo ha agito a danno della massa, non del cessionario.

Anche nel merito, la differenza fra la posizione del curatore e quella del cessionario – affermata dalla Corte – non sussiste. È vero che il curatore ha l'obbligo di agire nell'interesse dei creditori, ma anche l'amministratore di una società deve agire nell'interesse di quest'ultima, cioè far valere un credito spettante alla società se ci sono prospettive di successo.

La sentenza "*F-Tex SIA*", inoltre, ritiene decisivo che il cessionario, ove decida di esercitare il suo diritto di credito, agisca nel proprio interesse e per il suo beneficio personale. Così come il diritto di credito ceduto, il ricavo dell'azione intrapresa sulla base del diritto in questione entra a far parte del suo patrimonio personale. Le conseguenze della sua

azione sarebbero pertanto diverse da quelle di un'azione revocatoria proposta dal curatore fallimentare, la quale ha lo scopo di aumentare gli attivi dell'impresa sottoposta alla procedura d'insolvenza. Con queste considerazioni, la Corte ignora che anche la prestazione effettuata dalla *F-Tex SIA* come contropartita della cessione da parte del curatore fallimentare del proprio diritto di credito derivante dall'azione revocatoria, cioè il versamento di una percentuale del ricavo del credito ceduto, contribuisce all'aumento della massa fallimentare.

Infine, la sentenza non tiene conto del primo obiettivo del regolamento, enunciato dal considerando n. 2, vale a dire di rendere le procedure di insolvenza transfrontaliera *efficienti ed efficaci*, cosa necessaria per il buon funzionamento del mercato interno. Evidentemente la negazione della competenza internazionale dei giudici dello Stato della procedura d'insolvenza rende difficile al curatore trovare un acquirente per il credito derivante dalla revocatoria fallimentare contro dei terzi con sede al di fuori dello Stato del COMI. Infatti l'acquirente, in base alla sentenza "*F-Tex SIA*", è costretto ad agire contro il terzo davanti ad un giudice straniero. Questo inconveniente ha di sicuro un effetto raggelante (*chilling effect*) su chi considera acquistare un tale credito dal curatore.

Un altro punto debole riguarda il momento della cessione. Nel caso *F-Tex SIA* il curatore aveva ceduto il credito prima della proposizione della domanda. La sentenza "*F-Tex SIA*" non esclude, tuttavia, la competenza del giudice del Paese della procedura principale se la cessione avviene dopo la proposizione della domanda da parte del curatore stesso. Infatti, per la regola generale della *perpetuatio iurisdictionis* del diritto processuale nazionale (art. 5 c.p.c.; § 261 ZPO), riconosciuta anche dalla Corte di Giustizia per l'ambito d'applicazione del Regolamento di Bruxelles I[56], la giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti dello stato medesimo.

A parte l'azione revocatoria, anche per altre procedure connesse la competenza internazionale non è chiara. Le incertezze riguardano la re-

[56] Corte di Giustizia, sentenza del 5 febbraio 2004, causa C-18/02, *DFDS Torline*, pt. 36 s. (che si riferisce all'obiettivo del Regolamento n. 44/2001 del "potenziamento della tutela giuridica delle persone residenti nella Comunità, permettendo all'attore di identificare facilmente il giudice che può adire così come al convenuto di prevedere ragionevolmente dinanzi a quale giudice può essere citato"); KROPHOLLER-VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 9° ediz., Francoforte, 2011, nota introduttiva no. 14 all'art. 2 Regolamento 44/2001; *amplius* LÖSER, *Zuständigkeitsbestimmender Zeitpunkt und* perpetuatio fori *im internationalen Zivilprozess*, Jena, 2009, p. 87 ss.

sponsabilità civile degli amministratori delle società per ritardata o mancata proposizione della domanda di apertura di una procedura d'insolvenza (§ 15a *InsO*; artt. 217 n. 4 e 224 n. 2 l. fall.)[57], la responsabilità dei soci per i conferimenti e per la conservazione del capitale sociale[58], il diritto alla separazione di determinati beni dalla massa concorsuale (*Aussonderung*)[59], oppure anche la responsabilità aquiliana degli amministratori di società di capitali in crisi.

Per tutte queste procedure connesse, l'azione revocatoria fallimentare inclusa, l'efficienza e l'efficacia della procedura principale, valori evocati dal considerando n. 2 del regolamento stesso, richiedono la *vis attractiva concursus*, cioè la competenza internazionale del giudice della procedura principale[60]. L'art. 3a della citata proposta[61] finalmente ne tiene conto.

È vero che già in sede dei lavori preparatori per una Convenzione europea sulle procedure d'insolvenza del 1970 e del 1980 non c'era unanimità circa la *vis attractiva concursus*[62]. Anche il legislatore comunitario del regolamento n. 1346/2000 non ha preso posizione al riguardo. Da una parte, l'art. 25 co. 1 del regolamento prevede che le "decisioni che derivano direttamente dalla procedura di insolvenza e le sono strettamente connesse, anche se sono prese da altro giudice", devono essere riconosciute. Inoltre, il considerando n. 6 dice testualmente che il regolamento deve disciplinare non solo le competenze per l'apertura delle procedure di insolvenza, bensì anche per le *decisioni che scaturiscono direttamente da tali procedure e sono ad esse strettamente connesse*. Come si sa, il regolamento stesso non disciplina la competenza internazionale per le procedure connesse, nonostante il considerando ne sottolinei l'importanza. Non si può neppure fare riferimento al Regolamento di Bruxelles I il quale espressamente esclude le procedure connesse (art. 1 co. 2 lett. b). Questa lacuna nella disciplina è stata colmata, in parte, dalla Corte nella

[57] Vedi, tra le tante, OLG Köln, sentenza del 9 giugno 2011, causa 18 W 34/11, in *NZI*, 2012, p. 52.

[58] Procedimento C-494/10 davanti alla Corte di Giustizia (in corso), GUUE 2011, C 30 p. 13; MANSEL-THORN-WAGNER, *Europäisches Kollisionsrecht 2011: Gegenläufige Entwicklungen*, in *IPRax*, 2012, p. 1 ss., 26.

[59] High Court of Justice (Chancery Division), IILR 2011, 22; REINHART, in *NZI*, 2012, p. 304, 306.

[60] Contrariamente REINHART, in *NZI*, 2012, p. 304, 307s.

[61] *Supra*, nota 4.

[62] Cfr. l'art. 17 del progetto del 1970 e l'art. 15 del progetto del 1980, riprodotto in: KEGEL (a cura di), *Vorschläge und Gutachten zum Entwurf eines EG-Konkursübereinkommens*, Tubinga, 1988; al riguardo v. LEMONTEY, p. 129 ss. e JAHR, p. 305 ss.; KINDLER, *op.cit.*, nota 10, *Einleitung Internationales Insolvenzrecht*, annotaz. 13 ss.

sentenza „*Deko Marty*"[63] che ha esteso il campo di applicazione del regolamento alle azioni revocatorie, escludendo però, con motivazione poco convincente con la successiva sentenza "*F-Tex SIA*"[64], quelle esercitate da coloro ai quali il curatore ha ceduto il credito derivante dell'azione medesima. Occorre dunque fare chiarezza in materia, ed il principio guida al riguardo deve essere l'obiettivo dell'efficienza ed efficacia delle procedure d'insolvenza. Si propone allora di aggiungere, seguendo l'esempio dell'art. 24 della legge fallimentare italiana, un quinto comma all'art. 3 del regolamento che recita come segue[65]:

"I giudici dello Stato membro in cui è stata aperta la procedura sono anche competenti per le azioni giudiziarie promosse dal curatore nominato da un giudice di tale Stato membro oppure dall'avente causa di un tale curatore[66]. Non si applica il regolamento (CE) n. 44/2001." L'art. 3a della recente proposta[67] ci sembra meno chiaro sul punto.

6. Osservazioni conclusive

La storia e la prassi del regolamento sulle procedure d'insolvenza transnazionali lasciano spazio a ben poche critiche. Il regolamento ha contribuito alla certezza del diritto, ha reso più agevole il lavoro del curatore fallimentare e ha rafforzato la tutela dei diritti dei creditori. I problemi che restano tuttora aperti sono dovuti non tanto al diritto vivente ma a punti deboli del regolamento stesso, quali la non precisa definizione del COMI quale criterio centrale di competenza e la posizione ambivalente del regolamento per quanto riguarda le procedure connesse quali, ad es., l'azione revocatoria. Proponiamo, pertanto, una definizione più precisa del COMI che tenga conto dell'attività economica rilevante del debitore (*supra*, *sub* 2), una norma sulla litispendenza (*supra*, *sub* 3), e la codificazione di un'ampia *vis attractiva concursus* (*supra*, *sub* 5). La recente proposta di modifica del 12 dicembre 2012 ne tiene conto in parte. Per quanto riguarda la lotta al "turismo d'insolvenza", sono sufficienti i principii generali in materia di abuso del diritto e ordine pubblico (*supra*, *sub* 4).

[63] Sentenza del 12 febbraio 2009, cit.

[64] Sentenza del 19 aprile 2012, cit.

[65] Formulazione proposta anche dal Gruppo di Lavoro Europa, cit., nota 15; v. REINHART, in *NZI*, 2012, pp. 304 e 307.

[66] Il riferimento all'avente causa del curatore mira ad un *„overruling"* della sentenza *F-Tex*, criticata nel testo.

[67] *Supra*, nota 4.

CORPORATE GOVERNANCE TRA AUTONOMIA PRIVATA, NORME E *BEST PRACTICES*

Luca G. RADICATI DI BROZOLO·

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La nozione di *corporate governance* e la sua rilevanza. – 3. L'evoluzione storica della disciplina della *corporate governance* in Europa. – 4. I problemi da affrontare. – 5. Valutazione del sistema: norme e autonomia privata.

1. Introduzione

La *corporate governance* è ormai diventata un tema di discussione quotidiana, non foss'altro perché essa, o meglio i suoi fallimenti, sono costantemente additati come una delle principali cause della crisi economica che stiamo attraversando (Rapporto de Larosière 2009; OECD, *Corporate Governance Lessons*, 2009). Anche per questo il tema assume profonde implicazioni economiche e politiche generali.

Dal punto di vista giuridico la materia sta oggi all'incrocio tra il diritto societario e il diritto dei mercati finanziari e in Europa è anche naturalmente influenzata in diversa maniera dal diritto dell'Unione. Per la sua vocazione sempre più transnazionale, essa solleva anche ovviamente complessi problemi di diritto internazionale privato. Tutti questi aspetti sono stati abbondantemente studiati[1].

· Ordinario di Diritto internazionale, Università Cattolica del Sacro Cuore.

[1] Sui diversi aspetti cfr. in particolare M.V. BENEDETTELLI, *L'autonomia negoziale tra lex contractus, lex societatis e lex mercatus nel "mercato comunitario delle regole"*, in *RDS*, 2007, 39 ss.; ID., *Profili internazionalprivatistici della disciplina comunitaria dei mercati finaziari: la direttiva MIFID tra conflitti di legge e conflitti di giurisdizione*, *RDS*, 1010, 35; ID., *Sul trasferimento della sede sociale* all'estero, in *Riv. soc*., 2010, 1251; ID., *Le opa transfrontaliere nell'ordinamento italiano*, in *Riv. soc.*, 2011, p. 221; ID., Corporate governance *e "sistema dei controlli": spunti per una valutazione internazionalprivatistica*, in U. TOMBARI (a cura di), Corporate governance *e "sistema dei controlli" nella S.P.A*., Torino, 2013, 171 ss.; J. BORG-BARTHET, *The Governing Law of Companies in EU Law*, Oxford-Portland, 2012; S.M. CARBONE, *Lex mercatus e lex societatis tra diritto internazionale privato e disciplina dei mercati finanziari*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, 27 ss.; L. HORN, *Corporate Governance in Crisis? The Politics of EU Corporate Governance Regulation*, in *Eur. L. J.*, 2012, p. 83 ss.; P. PASCHALIDIS, *Free-*

L'angolo visuale che mi è stato affidato per questa relazione mira ad esplorare se e come si ponga in questo contesto l'antinomia classica tra autonomia privata, da un lato, e vincoli normativi e regolamentari, dall'altro. L'obiettivo potrebbe essere quello di verificare quanto liberisti e "a-statali" è consentito essere ancora oggi, e ciò proprio in relazione ad una tematica che potrebbe essere ritenuta mettere in luce i fallimenti del liberalismo e le sue responsabilità per la crisi.

2. La nozione di corporate governance *e la sua rilevanza*

Vale la pena cominciare a ricordare che con l'espressione *corporate governance* si designa solitamente il sistema di gestione e di controllo delle società, e in particolare l'insieme dei rapporti tra i loro dirigenti, il consiglio di amministrazione, gli azionisti e gli altri *stakeholders* (creditori, dipendenti, autorità pubbliche ecc.) per i quali il controllo sulla gestione della società è in qualche modo rilevante, e il complesso delle regole e processi con cui vengono adottate le decisioni in una società e decisi gli obiettivi aziendali.

L'importanza del governo societario in una prospettiva di interesse generale risiede nel fatto che esso può determinare l'allineamento – o il disallineamento, come si è mostrato in molti casi nell'esperienza recente – degli obiettivi e della conduzione delle imprese rispetto, appunto, all'interesse e al benessere generale. Il tema diventa particolarmente importante per via delle dimensioni sempre maggiori delle aziende e del loro ambito di attività sempre più esteso alla diverse aree del mondo. Se le imprese sono gestite male – il che significa, per esempio, con insufficiente o sconsiderata gestione dei rischi, penalizzazione degli obiettivi a lungo termine, mancata considerazione di interessi generali come quelli dell'ambiente e dei lavoratori – le ripercussioni a livello generale possono essere molto significative, non ultimo quella di fare venire meno la fiducia degli investitori.

Questo vale evidentemente in primo luogo per le banche e imprese finanziarie (e il pensiero corre subito alla Lehman Brothers e alle crisi di moltissime altre banche, sanate a caro prezzo a spese del contribuente). Ma vale anche per le altre imprese, come insegnano i casi Parmalat in Italia e quello dell'industria statunitense dell'automobile.

Quindi la *corporate governance* è un tema che, pur toccando in pri-

dom of Establishment and Private International Law of Corporations, Oxford, 2012; F. PERNAZZA, *Legalità e* Corporate Social Responsibility *nelle imprese transnazionali*, in *Dir. comm. internaz.*, 2012, p. 153 ss.

mo luogo l'impresa, ha una portata ben più ampia. E la crisi l'ha portato all'attenzione generale.

3. L'evoluzione storica della disciplina della corporate governance *in Europa*

All'origine la disciplina di questi rapporti era oggetto essenzialmente del diritto societario, che era di matrice soltanto nazionale e che riconosceva relativamente poco spazio all'autonomia privata. Con l'avanzare del progetto di costruzione comunitaria sembrava che essa dovesse diventare l'oggetto di un'armonizzazione ad ampio spettro in una costruzione che vedeva nel diritto societario uniforme uno dei pilastri del mercato comune. A quell'epoca il dibattito si focalizzava molto sulla partecipazione alla *governance* dei dipendenti, il cui ruolo veniva visto quasi alla stessa stregua di quello degli azionisti (cfr. il *Libro verde sulla partecipazione dei dipendenti* del 1975).

Tale ambizioso progetto fu presto abbandonato per la constatazione della difficoltà di armonizzare questa materia, data la stretta connessione tra le concezioni dei diversi paesi in materia di governo dell'impresa e più generale sull'assetto socio economico dei diversi paesi. La battuta d'arresto coincise, non per caso, con il prevalere del metodo di integrazione comunitaria che faceva affidamento sul mutuo riconoscimento. Peraltro cominciò a quell'epoca a stemperarsi la tradizionale distinzione, a questo riguardo almeno, tra diritto societario e diritto dei mercati finanziari, secondo la quale l'assetto di *governance* era funzionale anche alla maggiore efficienza dei mercati di capitali ed al favorire gli investimenti transfrontalieri.

1. L'abbandono dei tentativi di armonizzazione legislativa del diritto societario è stato naturalmente influenzato in modo significativo anche dalle pronunce della Corte di giustizia *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art*, *Cartesio*, *Sevic Systems* e ora *National Grid* e *VALE* che hanno esteso a questa materia i principi di libertà di circolazione e di stabilimento e di mutuo riconoscimento. Questa giurisprudenza e le sue implicazioni sono state oggetto di abbondanti e sofisticatissime analisi. Per quello che qui rileva, essa ha l'effetto di eliminare in certa misura gli ostacoli alla mobilità delle società, e quindi di consentire alle imprese la ricerca dell'assetto normativo migliore, e favoriscono una concorrenza regolamentare tra sistemi giuridici diversi all'interno dell'Unione, anche se poi è dubbio che tale libertà di movimento venga in concreto utilizzata nella sua massima esplicazione possibile.

2. Con questa evoluzione si è dunque andati verso un sistema meno direttamente incentrato sulla protezione e il coinvolgimento degli *stakeholders* per focalizzarsi maggiormente sulla circolazione dei capitali e delle imprese.

Il tema della *corporate governance* è arrivato veramente alla ribalta generale all'inizio di questo secolo per effetto di varie crisi che hanno fatto scalpore, a partire dal caso *Enron*. E da allora in poi è naturalmente stato un susseguirsi di disastri ben noti, soprattutto a partire dal 2007/2008.

Della *corporate governance* si comincia ad occupare in ambito comunitario con il *Financial Services Action Plan* del 1999 (COM(1999) 232 definitivo) che pone tra l'altro l'enfasi sulla protezione degli azionisti di minoranza e su un'organizzazione più razionale delle strutture di governo societario. L'integrazione fra la *corporate governance* e la disciplina dei mercati finanziari è particolarmente evidente nella direttiva sui *takeovers* (Direttiva 2004/25/CE), che è molto più influenzata da una politica dei mercati finanziari che non dalle tradizionali concezioni di diritto societario, e nella quale per esempio sono state lasciate da parte le istanze di coinvolgimento dei dipendenti, a favore del controllo lasciato esclusivamente agli azionisti.

C'è stato poi il Piano d'Azione sul diritto societario del 2003 con la costituzione del High Level Group of Experts di diritto societario, il quale consacra il definitivo passaggio della *corporate governance* nel campo del diritto dei mercati finanziari. Il Gruppo di Esperti, come pure il Piano d'Azione, pongono l'enfasi sull'abbandono dell'armonizzazione del diritto societario a favore di un approccio incentrato sulla trasparenza e la *disclosure* come strumento di regolazione e di integrazione dei mercati di capitali. La complementarietà tra *corporate governance* e diritto dei mercati finanziari emerge nelle norme sulla trasparenza e *disclosure* delle società quotate in particolare nella direttiva 2007/36/CE sui diritti degli azionisti nelle società quotate (diritti ad essere informati, voto transfrontaliero, diritto di intervenire in assemblea, ecc.) con lo scopo di facilitare l'azionariato transfrontaliero.

Fino a quel punto la tendenza era quindi essenzialmente liberale e restia ad interventi legislativi incisivi a livello dell'Unione in materia di *corporate governance*.

3. Lo stato attuale della disciplina della *corporate governance*: disciplina e tendenze

Venendo alla fase attuale, la *corporate governance* rimane un punto focale dell'attenzione dell'Unione Europea, di cui si riconosce

l'importanza sotto molti profili diversi. Come si nota nell'esordio del Libro Verde sul *Quadro dell'Unione Europea sul governo societario* del 2011 (COM(2011) 164 definitivo), *la corporate governance* e la responsabilità sociale delle imprese sono elementi chiave per stimolare la fiducia dei cittadini nel mercato unico e contribuiscono a stimolare la competitività delle imprese europee in vista degli obiettivi dell'agenda 2020.

Il già citato rapporto de Larosière del 2009 nota tuttavia, per parte sua, i fallimenti della *corporate governance*. Esso sottolinea che i soggetti cui incombe la responsabilità della gestione dell'impresa, anche nell'ottica dell'interesse generale, sono essenzialmente i consigli di amministrazione e in generale il management, da un lato, e i proprietari (cioè gli azionisti) dall'altro. I primi (come, peraltro, neppure le autorità di vigilanza) non hanno compreso la natura e l'entità dei rischi in gioco, mentre per parte loro gli azionisti non hanno sempre svolto correttamente il loro ruolo ed esercitato le loro responsabilità di proprietari delle imprese. Quindi, se si riconosce che la *corporate governance* in sé non è la responsabile della crisi, si rileva pure che l'assenza di reali meccanismi di controllo sull'azione delle imprese ha contribuito all'eccessiva assunzione di rischi. Il problema è dunque assicurare che le strategie dell'impresa e i rischi a questa inerenti siano ben valutati da chi è in grado di determinare il funzionamento dell'impresa stessa.

A questa analisi fa eco quella del rapporto dell'OCSE, *Strategic Response to the Financial and Economic Crisis* (2009), p. 10, che postula la necessità di assicurare un migliore coordinamento nell'applicazione degli *standards* di *corporate governance* concordati in sede internazionale, in particolare in relazione alle remunerazione ed ai sistemi di incentivi che possono allineare gli interessi del management e degli amministratori con gli interessi a lungo termine della società e degli azionisti.

4. In un quadro del genere, nel quale vengono sottolineati sia il ruolo cruciale della *corporate governance* sia i suoi fallimenti, ci si potrebbero aspettare interventi normativi forti. E invece la risposta è di segno opposto.

Il fulcro dell'intera disciplina della materia si ritrova nella Direttiva 2006/43/CE che ha emendato la direttiva 76/660/CEE sui bilanci consolidati. Questa ha introdotto (all'art. 46a) per le società quotate l'obbligo di includere nella relazione annuale una dichiarazione sulla *corporate governance* nel rispetto del codice di *corporate governance* cui l'impresa sia eventualmente soggetta o a cui ha aderito spontaneamente e sulle pratiche di *corporate governance* applicate in aggiunta a quelle richieste dalla legge o dal codice. Accanto a ciò, e qui sta la novità importante, la norma introduce un obbligo ai sensi del quale, qualora le pratiche di *cor-*

porate governance della società si discostino dal codice ad essa applicabile, e nella misura ovviamente in cui lo scostamento sia consentito laddove il codice non è obbligatorio, la relazione sulla *corporate governance* deve spiegarne i motivi. Questo è il cosiddetto meccanismo del *comply or explain* che è diventato uno dei pilastri e degli elementi caratterizzanti di tutto il meccanismo di disciplina della *corporate governance*.

Più o meno della stessa epoca è la già citata Direttiva 2007/36/CE sull'esercizio di voto nelle società quotate che è un altro elemento importante del sistema, ma che neppure essa pone regole di *corporate governance*, proponendosi solo di facilitare in concreto l'esercizio dei diritti degli azionisti, non solo in relazione all'azionariato transfrontaliero.

5. Il sistema viene dunque ad essere imperniato sul meccanismo del *comply or explain*, il quale a sua volta si basa sul presupposto di un sistema di codici di autodisciplina in larga misura volontari e non cogenti (v. *Study on Monitoring and Enforcement Practices in Corporate Governance in the Member States* del 23 settembre 2009). Ed è proprio questo che potrebbe a prima vista sorprendere, data la premessa dell'importanza fondamentale della *corporate governance*.

Poiché l'introduzione del meccanismo del *comply or explain* risale al 2006, cioè prima della crisi, ci si sarebbe anche potuti immaginare un successivo cambiamento di rotta. E invece, come ho detto, non è stato così, come è evidente dalla profusione di produzione della Commissione e degli studi su cui si appoggia.

Si possono menzionare la Comunicazione della Commissione *Verso un atto per il mercato unico: Per un'economia sociale di mercato altamente competitiva* (COM(2010)608 definitivo, p. 27), che nella proposta n. 38, relativa all'avvio di una consultazione pubblica sulla *corporate governance*, sottolinea l'importanza che le imprese europee diano prova di grande responsabilità, nei confronti dei lavoratori, degli azionisti e della società nel suo complesso. Viene sottolineata l'importanza di un miglioramento della *governance* per quanto riguarda la composizione del consiglio, la rappresentanza delle donne, l'impegno a lungo termine degli azionisti e dei lavoratori azionisti, la trasparenza in materia di diritti umani e di sviluppo sostenibile, e si pone l'accento sui mezzi per migliorare il funzionamento delle imprese per favorire maggiore partecipazione dei lavoratori, migliorare le relazioni con gli azionisti e facilitare la valorizzazione delle imprese da parte dei mercati finanziari.

Al tema sono dedicati anche due libri verdi. Il primo – il *Libro verde sul governo societario negli istituti finanziari e le politiche di remunerazione* del 2 giugno 2010 COM(2010) 284), le cui conclusioni sono state

approvate dalla Risoluzione del Parlamento Europeo sulla *corporate governance* nelle istituzioni finanziarie del 11 maggio 2011 – affronta il tema più immediatamente dolente, quello della *governance* delle istituzioni finanziarie.

Esso contiene una chiara individuazione delle magagne del sistema. La prima magagna è l'assenza di reale efficacia dei principi di governo societario, dovuta alla loro eccessiva vaghezza e indeterminatezza, all'assenza di una chiara individuazione dei ruoli quanto alla loro attuazione, e all'assenza di carattere giuridicamente vincolante. Si sottolinea anche la scarsa efficacia dei consigli di amministrazione, dovuta all'insufficiente attenzione dedicata dagli amministratori al proprio lavoro, alla loro scarsa diversificazione, all'assenza di reale valutazione delle prestazioni dei loro membri, al fatto che non hanno saputo o voluto vigilare sull'adeguatezza del quadro di gestione dei rischi, all'incapacità degli organi societari di valutare i rischi a cui si esponevano, all'insufficienza dei poteri delle funzioni interne per la gestione dei rischi, alla mancanza di competenze sulla gestione dei rischi, e in generale all'assenza di una cultura sana in materia di gestione dei rischi.

L'altra mancanza del sistema viene individuata nel fatto che neppure gli azionisti svolgono il ruolo di controllo che sarebbe naturale, anche a causa del mutamento della loro natura, in quanto essi sono poco interessati agli obiettivi di lungo termine della *governance* dell'impresa, massimizzano l'utile di breve periodo, e quindi sono portati a spingere nel senso di un'eccessiva assunzione di rischi. Si pone l'accento anche sulle nuove forme di possesso di portafogli diversificati, che allentano il contatto con la società, sul costo eccessivo dell'impegnarsi nella *governance*, sui conflitti di interessi, la mancanza di poteri di controllo effettivi (sui *managers* e ammminsitratori), gli ostacoli al diritto di voto, le politiche di remunerazione dei dirigenti e amministratori basate sui risultati a breve termine. Come correttivo, si propone di migliorare le competenze, le funzioni e la composizione dei consigli di amministrazione, di rafforzare le funzioni legate alla gestione dei rischi, di introdurre sistemi di controllo della *corporate governance* e dispositivi volti a salvaguardare dai conflitti di interessi, la diversificazione della composizione e il miglioramento dell'efficacia dei consigli, la gestione dei rischi.

Il secondo Libro verde è quello sul *Quadro dell'Unione Europea sul governo societario* del 5 aprile 2011 (COM(2011) 164 definitivo) il quale si basa su uno studio commissionato dalla Commissione, *Study on Monitoring and Enforcement Practices in Corporate Governance in Member States* del 23 settembre 2009, e sul Rapporto sulla consultazione pubblica sulla divulgazione di informazione non finanziaria dell'Aprile 2011.

Questo secondo libro verde affronta principalmente tre argomenti. Il primo è quello dei consigli di amministrazione, di cui si affronta la composizione, la diversificazione, con la necessità di introdurre donne e professionalità diverse, l'internazionalità, la disponibilità di tempo, le competenze, la valutazione, la remunerazione, le modalità di gestione del rischio.

Il secondo tema è quello degli azionisti, dei quali si sottolinea in primo luogo la scarsa attenzione e interesse per la gestione della società. Si discute poi dell'obbligo di pubblicazione delle politiche di voto degli azionisti istituzionali, e si mettono in luce la scarsa trasparenza sulle politiche degli *asset managers* degli investitori istituzionali, i quali hanno obiettivi di breve periodo e quindi non esercitano un controllo efficace sulle società in cui partecipano, i conflitti di interessi, in particolare dei rappresentanti degli azionisti che esercitano i diritti di voto, la scarsa trasparenza, le difficoltà per gli azionisti di agire di concerto, l'identificazione degli azionisti, la necessità di facilitare i contatti diretti tra la società e gli azionisti eliminando l'intermediazione delle istituzioni tramite cui vengono detenuti i titoli di partecipazione, e la protezione degli azionisti di minoranza, in particolare contro gli abusi della maggioranza.

Il terzo tema è quello del *comply or explain*, di cui si evidenzia il vantaggio della flessibilità e che viene ritenuto un modo per responsabilizzare le società, sottolineando però che la qualità dell'"*explain*",vale a dire delle spiegazioni fornite dalle società quanto alla loro *compliance* o *non compliance*, è in concreto molto ridotta e che la responsabilità di vigilare sulla pubblicazione e sulla qualità delle informazioni è lasciata agli azionisti, i quali sono insufficientemente interessati al tema. Il Libro Verde sottolinea quindi la necessità di una valutazione esterna della qualità del reporting sul *comply or explain* da parte di regolatori, organi di borsa o altre autorità, che vigilino affinché le informazioni siano sufficientemente dettagliate e chiare, e di includere eventualmente anche il rapporto sulla *governance* fra le informazioni regolamentate. D'altra parte si raccomanda di non interferire con il contenuto dell'informazione oggetto di divulgazione, né di procedere a valutazioni delle soluzioni adottate, suggerendo però che i risultati dei rapporti vengano pubblicati in modo da fare emergere delle *best practices*.

Il documento sicuramente più interessante e completo è il *Rapporto del Gruppo di Riflessione sul Futuro del Diritto societario dell'Unione Europea* del 5 aprile 2011 che, pur se privo di valenza ufficiale, fornisce il quadro di riflessione della politica sottostante. Questo rapporto parte dalla constatazione che la *corporate governance* è oggetto di discipline molto sofisticate nei singoli Stati membri, le quali si sono sviluppate nel

corso del tempo e riflettono complicati bilanciamenti di interessi. La diversità di approcci e soluzioni, tra i singoli Stati e all'interno di questi per tipo di imprese, riflette la complessità dell'impresa moderna e viene considerata una ricchezza, più che una debolezza, che consente di affrontare la grande varietà di questioni che si pongono.

Il rapporto si caratterizza per la sua ostilità ad un'armonizzazione estesa, l'armonizzazione essendo considerata opportuna solo nella misura in cui porta ad assicurare la trasparenza sulla struttura ed il funzionamento della *governance*. La tendenza sembra anzi essere quella ad introdurre un maggiore grado di flessibilità nel sistema, anche sfruttando la possibilità per le società di scegliere il regime più confacente facendo uso della mobilità loro concessa dal diritto dell'Unione, il ricorso alla quale si considera debba essere favorito. Il rapporto ribadisce anch'esso il rammarico sul ruolo scarsamente incisivo degli investitori istituzionali, e ritiene che gli sforzi di armonizzare debbono essere rivolti non al contenuto dei codici di autodisciplina, ma ai meccanismi per assicurarne il rispetto.

4. I problemi da affrontare

Tutti questi studi e documenti mettono dunque in evidenza l'importanza della *corporate governance* e sottolineano i molti aspetti che devono essere affrontati per migliorarla. Essi si focalizzano sul miglioramento della qualità, sulla competenza degli organi di gestione e sulla diversificazione della loro composizione, sulla gestione dei conflitti di interessi, sul coinvolgimento degli *stakeholders*, sulla quantità e qualità di informazioni da fornire, sugli obiettivi dell'impresa e su come vengono perseguiti, anche in relazione a temi come la corruzione, il rispetto dei diritti umani, lo sviluppo sostenibile.

È comunque significativo che rimane centrale il meccanismo del *comply or explain*, che si vuole tuttavia rendere più incisivo ed esauriente. Come rileva il Libro Verde, troppo spesso la natura, la qualità e la rilevanza delle informazioni fornite sono inadeguate. Si ritiene quindi necessario introdurre un maggiore controllo sul modo in cui vengono fornite le informazioni e sul loro contenuto e sulla loro attendibilità e rilevanza, e tendere ad un'uniformizzazione delle informazioni stesse per consentire il controllo dall'esterno e la comparazione tra imprese diverse, oltre che per ridurre i costi, visto che uno dei problemi del meccanismo è dato proprio dal costo, sia della *compliance* stessa, sia del suo controllo da parte degli investitori ed azionisti. L'altro punto che viene sottolineato

sempre in relazione alla *governance* è l'esigenza di perseguire un allineamento degli incentivi delle società sul lungo periodo, passando da una prospettiva eccessivamente focalizzata sul breve periodo ad una focalizzata sul lungo periodo, permettendo per esempio alle società di modificare i propri statuti per enunciare anche gli obiettivi su tale scala temporale.

5. Valutazione del sistema: norme e autonomia privata

Dal quadro così tracciato in termini molto generali emerge dunque che – malgrado la coscienza diffusa dell'importanza fondamentale della *corporate governance* e della sua inadeguatezza fino ad ora, nonché del rapporto causale tra queste inadeguatezze e l'attuale crisi –, non vi è in particolare a livello dell'Unione, alcuna intenzione di ritornare ad una regolazione di questa materia dall'alto. Il disegno dell'Unione non prevede una riesumazione del modello di armonizzazione in profondità o ad ampio spettro e rifugge da qualsiasi progetto di armonizzazione sistematica delle norme materiali. In particolare vi è un totale agnosticismo sul classico dibattito sul sistema monistico o duale.

La percezione di base è dunque che *no one size fits all*, con la conseguente necessità di lasciare la massima flessibilità, che tenga conto, lasciando libero spazio alla creatività e alle specifiche esigenze, delle differenze da Stato a Stato e all'interno dei singoli Stati, a seconda dei diverse tipi di imprese, delle loro dimensioni, dell'ambiente in cui operano, e della continua evoluzione delle esigenze, la quale rende impossibile uno schema di disciplina cogente e imposto dall'altro. Il presupposto, in altri termini, è l'impossibilità di individuare un sistema che sia indiscutibilmente migliore di altri e che si imponga in ogni circostanza.

1. La disciplina della materia si basa quindi su un sostrato di normativa a livello nazionale che riflette le tradizioni e le particolarità dei sistemi dei singoli Stati. Un esempio è la recente normativa italiana sugli *interlocking directorates* nelle banche e istituzioni finanziarie (art. 36 DL 201/2011) la quale ha dovuto proibire con un divieto legislativo una pratica nociva per il funzionamento delle imprese e della concorrenza che era molto diffusa in Italia ma molto meno in altri paesi, e che altrove non richiedeva quindi di essere normativamente disciplinata.

A livello dell'Unione vi sono invece davvero pochissime regole di diritto materiale, per lo più soltanto di *soft law*. Tra queste si possono ri-

cordare per esempio la Raccomandazione 2005/162/CE sull'eliminazione dei conflitti di interesse nei consigli di amministrazione e la Raccomandazioni 2004/913/CE e 2009/385/CE sulla remunerazione degli amministratori. Per il resto le norme sono essenzialmente strumentali, quali quelle sui diritti degli azionisti.

Ci si continua dunque ad affidare ai codici di autodisciplina, su base volontaria, e al meccanismo del *comply or explain*. Quindi, la componente normativa della disciplina, soprattutto comunitaria, della *corporate governance* è molto meno incisiva e vincolante di quello che a prima vista ci si potrebbe aspettare considerata l'importanza unanimemente riconosciuta di questa materia.

2. Da diversi studi emerge che la soddisfazione per questo meccanismo è pressoché unanime tra le società, i regolatori e gli investitori, e che quindi si richiedono soltanto aggiustamenti pratici, ma non un cambiamento del sistema (cfr. per esempio il *Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law*, cit.).

La disciplina della *governance* si basa dunque sul presupposto che una trasparenza e una visibilità sul modo in cui l'impresa è gestita consentono agli investitori attuali e potenziali di valutare la bontà della gestione e di trarne le conseguenze sul se investire o mantenere l'investimento in una determinata impresa, o se invece non investire in una data impresa o disinvestire da essa, per usare la nota metafora votando con i piedi contro l'organizzazione o la gestione dell'impresa.

Proprio per questo ci si continuerà a basare soltanto su regole per la maggior parte strumentali, che si concentrano sulla trasparenza e sugli incentivi, per incoraggiare maggiore professionalità da parte di chi amministra e gestisce le società e maggiore allineamento degli incentivi a quelli più generali della società, ma essenzialmente su base volontaria. Ed è su questi aspetti che continuerà a concentrarsi il legislatore dell'Unione, con interventi leggeri.

È evidente che questo meccanismo fa affidamento sulla valutazione razionale degli interessi economici di tutte le parti in gioco, che però esige che gli investitori abbiano a disposizione il complesso degli elementi per una valutazione seria della bontà della gestione della società. Di ciò le imprese meglio organizzate e più attente a questa problematica stanno cominciando ad rendersi conto, e lo utilizzano come strumento competitivo per attrarre gli investimenti.

Questi meccanismi di controllo "economico" della bontà della gestione dovrebbero risultare almeno altrettanto, se non più, efficienti del controllo "giuridico" che può consistere nelle azioni di vigilanza e nelle

azioni giurisdizionali promovibili contro la società e i suoi organi e dirigenti, le quali rischiano entrambe spesso di essere complesse e macchinose, e quindi rivelarsi armi abbastanza spuntate e scarsamente efficaci in una prospettiva *ex ante*.

3. In definitiva, il controllo ultimo e la valutazione della bontà delle scelte dell'impresa in materia di architettura e attuazione della *corporate governance* sono lasciati sostanzialmente agli investitori. È a questi che spetta in ultima analisi decidere se sono soddisfatti delle scelte e delle politiche di chi dirige e gestisce l'impresa.

L'investitore è quello che dovrebbe essere tutelato in prima istanza, ma lo si tutela semplicemente mettendogli, o cercando di mettergli, in mano gli strumenti per consentirgli di adottare decisioni razionali ed informate. Ovviamente, chi in prima istanza può fare funzionare questo sistema e trarne beneficio è l'investitore istituzionale o sofisticato che è in grado di mettere in atto meccanismi di valutazione raffinati. Si presuppone tuttavia che il peso e la forza trainante di tali investitori sia tale da innescare miglioramenti della *governance* e della politica aziendale come effetto di una competizione virtuosa tra i destinatari degli investimenti, che ha poi ricadute positive anche per gli investitori piccoli.

In sostanza, l'idea ispiratrice di base è una profonda fiducia nei meccanismi di autoregolamentazione dei mercati e nel fatto che questi siano in grado di perseguire in linea di massima l'interesse generale, o comunque portino a raggiungerlo.

4. Quello che si può notare, forse, è che questo meccanismo presuppone un grado di maturità del mercato e di sofisticatezza degli investitori che non si possono dare per scontati sempre e ovunque. Gli investitori sofisticati, abituati ad operare su mercati maturi, sono in grado di valutare la bontà delle politiche di *corporate governance* e le loro ricadute sul rendimento dell'impresa. Tuttavia, nei paesi dove gli investimenti spesso seguono logiche più opache o imperscrutabili, fra cui sicuramente rientra il nostro, questo tipo di valutazione tende a non essere fatta e quindi il ruolo di controllo e di propulsione del mercato è molto minore. Con la conseguenza che da noi la cultura della *corporate governance* è ancora abbastanza poco sviluppata.

Un altro punto che resta da valutare è quello della misura in cui questo tipo di sistema riesce veramente a provocare l'allineamento delle politiche delle imprese rispetto ad interessi generali, quali lo sviluppo sostenibile o il rispetto di diritti umani. Perché ciò possa avvenire in concreto si richiede un livello di coinvolgimento degli investitori rispetto a

questo tipo di obiettivo generale che è meno ovvio dare per scontato. Quindi vi è forse una certa dose di *wishful thinking*. Nella definizione degli obiettivi generali più elevati è forse difficile prescindere dal ruolo preminente del legislatore.

Però, restando sul terreno più spicciolo della gestione dell'impresa al fine di raggiungere i diversi obiettivi, vi è un generale riconoscimento che è bene ridurre al minimo l'intromissione di soggetti esterni, regolatori o legislatori, di cui si può effettivamente dubitare che abbiamo sempre una visione molto chiara dell'interesse generale e del modo per raggiungerlo, o comunque più chiara e più alta e disinteressata di quella degli investitori e del mercato.

5. Per venire all'interrogativo che doveva essere l'oggetto di questa relazione, ossia quello sul rapporto tra autonomia privata e norme, dal quadro che ho riassunto emerge chiaramene che in tema di *corporate governance* viene lasciato uno spazio considerevole all'autonomia privata. La premessa di base, come ho ricordato, è che gli interventi dall'alto, del legislatore o del regolatore, non sono visti come idonei ad affrontare il problema e che occorre valorizzare la ricchezza di situazioni diverse che offre il panorama della *corporate governance* in Europa.

Il sistema si caratterizza per il suo essere basato su un doppio livello di autonomia. Il primo è quello della scelta del regime di *corporate governance* che l'impresa vuole adottare. Questa scelta è relativamente poco condizionata da regole imperative, in particolare a livello dell'Unione che si basa sui codici di autocondotta e sul meccanismo del *comply or explain*. Ciò naturalmente nei limiti che vengono lasciati dalla legislazione dello Stato di incorporazione o comunque la cui legge regola la società.

E qui entra in gioco il secondo livello di autonomia, che attiene alla scelta della legge alla quale assoggettarsi. Invero, per effetto dei principi in tema di libertà di circolazione e stabilimento le imprese hanno la facoltà di scegliersi il contesto giuridico migliore, anche in termini di *corporate governance*, perché possono costituirsi nello Stato membro la cui disciplina giudicano più favorevole, e poi da lì operare dovunque, senza che gli Stati membri lo possano impedire. In sostanza si tratta di un sistema in cui è consentito alle imprese di votare, anche in questo caso, con i piedi, esprimendo la loro valutazione sul regime giuridico offerto dagli Stati. Questo approccio è congruente con il contesto di internazionalizzazione in cui ci si muove, in cui diviene sempre meno evidente il titolo di ogni singolo Stato a regolare, a preferenza di altri, situazioni con collegamenti diffusi a più ordinamenti. Gli ordinamenti possono dispor-

re, ma le imprese hanno il modo di sottrarsi a tali disposizioni, spostandosi. Il limite di questa libertà si incontra tuttavia in particolare per le società quotate, quando esse mirano ad essere quotate su una pluralità di mercati, perché a quel punto non riescono a operare nel quadro di un unico regime regolatorio, e finiscono inevitabilmente per trovarsi soggette alle discipline dei diversi paesi sui cui mercati regolamentati ambiscono ad essere presenti.

Come nota però anche il Gruppo di riflessione sul futuro del diritto societario, che identifica in ciò un paradosso della libertà di circolazione, la realtà è che, una volta scelto il regime dell'impresa e della *corporate governance* stabilendosi in un dato paese, l'impresa ne è quasi imprigionata, visto che il diritto dell'Unione non garantisce (ancora) il diritto per le società di spostare la sede e sottoporsi ad un regime diverso. L'unico mezzo per farlo è la fusione transfrontaliera, che però è il più delle volte alquanto macchinosa e difficile da realizzare. Perché il sistema funzioni bene fino in fondo bisogna che venga consentita realmente la mobilità e la scelta del regime migliore, consentendo anche alle società di trasferirsi senza perdere la propria personalità iniziale.

Un'altra linea di tendenza, che può tradursi in spinte di concorrenza, è che il sistema basato sui codici di condotta assortito dal *comply or explain* può portare anche allo sviluppo di *best practices* e ad una convergenza spontanea delle pratiche di *corporate governance*, laddove questa sia determinata da istanze reali e sentite del mondo dell'impresa e degli investitori, e non dettate dall'alto o dall'esterno.

6. Detto tutto ciò, è ovvio che il ruolo della legislazione e della normativa nazionale non sparisce del tutto a favore dell'autonomia privata. Le regole imperative di diritto — ivi comprese quelle che derivano da direttive del regolatore, in particolare per quanto riguarda le società quotate — continuano ad operare, sia nel merito, sia nel modo in cui vengono applicati i codici di autodisciplina, sia nel modo in cui incidono sul *comply or explain*. E questo naturalmente dà vita a delicati problemi di diritto internazionale privato per via degli inevitabili conflitti tra le diverse leggi applicabili, tipicamente quello tra *lex societatis* e *lex mercatus* già abbondantemente studiati dalla dottrina. Anche questi possono andare stemperandosi se continua il movimento verso il riconoscimento di una maggiore autonomia privata nella determinazione della legge applicabile e se l'autonomia è poi accolta a livello di diritto materiale nei diversi ordinamenti coinvolti. Non è però un caso che ci siano istanze favorevoli ad un intervento armonizzatore in materia di diritto internazionale privato delle società.

7. Per concludere, si potrebbe cercare di cogliere una qualche somiglianza con un'altra area che ho studiato in questi anni, e cioè quello dell'arbitrato, naturalmente con tutti i limiti, di questo tipo di analogia. Un tempo l'arbitrato, come il diritto societario, era dominato da un rigido statalismo. Poco alla volta, con la consacrazione in tutti gli ordinamenti della libertà di scelta della sede dell'arbitrato per effetto della Convenzione di New York (che fa da *pendant* per l'arbitrato alle libertà di circolazione delle società nel diritto dell'Unione) – e quindi per effetto di quella che si potrebbe chiamare la "libertà di circolazione dell'arbitrato" – i diversi sistemi giuridici sono stati messi in concorrenza e si sono aperti ad un notevolissimo grado di libertà delle parti. Gli ordinamenti statali intervengono quasi più soltanto per assicurare il buon funzionamento del sistema tramite l'applicazione di pochi principi di base, puramente strumentali. La libertà di circolazione delle società, accoppiata al regime liberalistico a livello comunitario improntato sul prevalere del meccanismo del *comply or explain*, prelude forse ad un'analoga liberalizzazione della disciplina della *corporate governance*.

LE *GOLDEN SHARES* E LA TRASFORMAZIONE DEL *PUBLIC/PRIVATE DIVIDE*: CRITICITÀ, SVILUPPI E PROSPETTIVE DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA TRA MERCATO INTERNO E INVESTIMENTI EXTRA-UE

Daniele GALLO·

SOMMARIO: 1. Inquadramento e perimetrazione dell'ambito di indagine: erosione del *public/private divide*, *golden shares* e costituzione economica e sociale europea. – 2. Liberalizzazioni, privatizzazioni, servizi pubblici e *golden shares*. – 3. Il principio di (supposta) neutralità rispetto agli assetti proprietari delle imprese e alle relative forme giuridiche e la sua interpretazione restrittiva (e piuttosto mortificante) fornita dalla Corte di giustizia. – 4. Investimenti diretti, libera circolazione dei capitali, diritto di stabilimento e investitori extra-UE: il problema della base giuridica, la questione dell'abuso del diritto e le ricadute della giurisprudenza in tema di *golden shares* sul trattamento dei fondi sovrani e delle *state owned enterprises* riconducibili, *de facto*, a Stati terzi. – 5. Logica "sostanzialista", criterio funzionale ed efficacia diretta orizzontale delle norme sulle libertà di circolazione: imprese privat(izzat)e, influenza pubblica e nuove forme di protezionismo economico. – 6. Interesse (economico?) generale e mercato interno: "*doctrine of non economic considerations*", principio di proporzionalità, deroghe espresse ed esigenze imperative, tra investimenti UE e investimenti extra-UE. – 7. *Segue*: l'articolo 106, par. 2 quale strumento di contemperamento tra esigenze del mercato e dello Stato ed elemento di raccordo tra diritto *antitrust* e libertà di circolazione. – 8. Brevi osservazioni conclusive.

1. Inquadramento e perimetrazione dell'ambito di indagine: erosione del public/private divide*,* golden shares *e costituzione economica e sociale europea*

Il presente contributo mira a comprendere quale sia l'impatto della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in merito alle *golden shares*/*actions privilegiées*/*goldene Aktien/Spezialaktien/golden rules/special rules*, in breve ai poteri speciali[1] detenuti dallo Stato in de-

· Ricercatore in diritto dell'Unione europea, Luiss Guido Carli, Roma.

[1] Su queste locuzioni e sulle loro caratteristiche solo in parte coincidenti vedi il § 2. Per chiarezza espositiva, si sottolinea sin d'ora che nel prosieguo dell'analisi sarà adoperata la sola locuzione *golden share*.

terminate imprese privat(izzat)e, sull'evoluzione della costituzione economica e sociale europea, dal punto di vista delle libertà di circolazione, intese quale pilastro essenziale di detta costituzione e fattore propulsivo di sviluppo dell'ordinamento dell'Unione.

Sullo sfondo si pongono i problemi di ripartizione di competenze e prerogative tra Stati membri e istituzioni UE. La cornice giuridica si identifica, dunque, nei mobili confini tra Stato e mercato, ossia nel bilanciamento tra esigenze, di origine privatistica, del mercato, e garanzie extra-economiche, di rilevanza e derivazione pubblicistica, sottese all'erogazione (oltre che di servizi strategici, anche e soprattutto) di servizi d'interesse generale[2], che si collocano generalmente al cuore della concessione delle *golden shares*[3].

Quanto alla chiave di lettura adottata, essa consiste nell'illustrare caratteristiche e limiti dell'inquadramento giuridico fornito dalle istituzioni europee alle trasformazioni socio-economiche prodotte dal duplice processo di privatizzazione e liberalizzazione, iniziato negli anni novanta e proseguito fino ad oggi, solo in parte frenato dal recente fenomeno di parziale riflusso dello Stato nella regolazione dell'economia[4]. Detto in

[2] Per qualche osservazione sulla nozione di servizio d'interesse (economico?) generale vedi il § 7.

[3] Con l'eccezione della sentenza *Commissione c. Germania* del 23 ottobre 2007, causa C-112/05, *Raccolta*, p. I-6303, nella quale la Corte si è pronunciata sulla legittimità di una normativa tedesca conferente particolari vantaggi allo Stato in relazione alla società *Volkswagenwerk*, in tutte le altre cause il problema della legittimità delle *golden shares* con il Trattato riguarda attività rientranti a pieno titolo nel concetto di servizio pubblico economico; sul punto vedi altresì il § 7.

[4] Sul tema e sulle sue implicazioni di natura non esclusivamente giuridica si vedano, *inter alia*, A. SEN, *Markets and Freedoms: Achievements and Limitations of the Market Mechanism in Promoting Individual Freedoms*, in *Oxford Economic Papers*, 1993, p. 519 ss.; G. MAJONE, *Paradoxes of Privatization and Deregulation*, in *Journal of European Public Policy*, 1994, p. 54 ss.; S. STRANGE, *The Retreat of the State. The Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge, 1996; J. FREEMAN, *The private role in public governance*, in *New York University Law Review*, 2000, p. 543 ss.; C. SCOTT, *Private Regulation of the Public Sector: A Neglected Facet of Contemporary Governance*, in *Journal of Law and Society*, 2002, p. 56 ss.; i contributi in R. B. HALL, T. J. BIERSTEKER (eds.), *The emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge, 2002; B. BORTOLOTTI, D. SINISCALCO, *The Challenges of Privatization. An International Analysis*, New York, 2004; C. CROUCH, *Capitalist Diversity and Change: Recombinant Governance and Institutional Entrepreneurs*, Oxford, 2005; T. PORTER, *Private Production of Public Goods: Private and Public Norms in Global Governance*, in E. GRANDE, L. W. PAULY (eds.), *Complex Sovereignty: Reconstituting Political Authority in the Twenty-first*, Toronto, 2005, p. 195 ss.; M. RHODES, *"Varieties of Capitalism" and the Political Economy of European Welfare States*, in *New Political Economy*, 2005, p. 363 ss.; N. JANSEN, R. MICHAELS, *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, in *American Journal of Comparative Law*, 2006, p. 843 ss.; i contributi in

altri termini, va capito se le istituzioni UE abbiano ben colto trasformazioni non più inquadrabili in una idealtipica dicotomia pubblico/privato[5].

In particolare, il tema della (il)legittimità *ex ante* di poteri speciali detenuti dallo Stato in società privatizzate ovvero, più frequentemente, della loro compatibilità concreta *ex post* con il diritto UE, impone di comprendere se, in quale senso e fino a che punto l'erosione del c.d. *public/private divide*, della relazione cioè tra sfera pubblica e sfera privata nell'economia, abbia trovato un'efficace sistematizzazione giuridica da parte della Corte di giustizia. Ciò, tenuto conto che una tale rimodulazione dei concetti di pubblico e privato e dei loro rapporti ha diverse declinazioni, tutte presenti nella giurisprudenza UE sulle *golden shares*: la sovrapposizione tra strumenti giuridici di tipo privatistico, appartenenti al diritto societario, e pubblicistico, espressione del potere esecutivo e/o legislativo degli Stati; il progressivo intervento del pubblico o di suoi surrogati nel mercato e la contestuale espansione del privato nel *welfare* degli Stati membri; la confusione tra finalità sociali ed economiche al centro del concetto di interesse generale[6]. In breve, il tema delle *golden*

B. HANCKÉ, M. RHODES, M. THATCHER (eds.), *Beyond Varieties of Capitalism: Conflict, Contradictions and Complementaries in the European Economy*, Oxford, 2007.

[5] Sulla dicotomia diritto pubblico/diritto privato, in generale, si vedano, *ex multis*, C. HARLOW, *Public and Private Law: Definition and without Distinction*, in *Modern Law Review*, 1980, p. 241 ss.; G. BORRIE, *The Regulation of Public and Private Power*, in *Public Law*, 1989, p. 552 ss.; C. GRAHAM, T. PROSSER, *Privatising Public Enterprises – Constitutions, the State and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford, 1991; E. SCHMIDT-AßMAN, *Öffentliches Recht und Privaterecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen*, in ID., W. HOFFMANN-RIEM (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privaterecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden, 1996, p. 7 ss.; P. CRAIG, *Public Law and Control over Private Power*, in M. TAGGART (ed. by), *The Province of Administrative Law*, Oxford, 1997, p. 196 ss.; N. BAMFORTH, *The Public Law-Private Law Distinction: A Comparative and Philosophical Approach*, in P. LEYLAND, T. WOODS (eds.), *Administrative Law Facing the Future: Old Constraints and New Horizons*, London, 1997, p. 136 ss.; D. OLIVER, *Common Values and the Public-Private Divide*, London, 1999; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000; J. FREEMAN, *Extending public law norms through privatization*, in *Harvard Law Review*, 2003, p. 1285 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; M. FREEDLAND, J.-B. AUBY (eds.), *The Public Law/Private Law Divide: une entente assez cordiale?*, Oxford, 2006; F. CAFAGGI, H. MUIR WATT (eds.), *The Regulatory Functions of European Private Law*, Cheltenham, 2007; M. RUFFERT (ed. by), *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation?*, London, 2009.

[6] Sul labile confine tra pubblico e privato, con riferimento alle *golden shares*, si vedano G. OPPO, *Pubblico e privato nelle imprese partecipate*, in *Rivista di diritto civile*, 2005, p. 157 ss.; P. ZUMBANSEN, D. SAAM, *The ECJ, Volkswagen and European Corporate Law: Reshaping the European Varieties of Capitalism*, in *German Law Journal*, 2007, p. 1027 ss.; L. C. BAKER, *The Private Law of Public Law: Public Authorities as Shareholders, Golden Shares, Sovereign Wealth Funds, and the Public Law Element in*

shares solleva questioni che si pongono al confine tra intervento (*de facto* protezionistico) dello Stato, orientato (perlomeno sulla carta) verso la salvaguardia di prerogative di carattere, in senso lato, sociale e di rilevanza collettiva, ed esigenze di *self-regulation* riconducibili a società (formalmente) private in relazione ai principi di *corporate governance* che le governano[7].

La problematica è di evidente attualità se si considerano, a titolo esemplificativo, il recente decreto Monti-Moavero Milanesi n. 21 del 15 marzo 2012 recante norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, convertito, con modifiche, nella legge n. 56 dell'11 maggio 2012[8], sul piano nazionale[9] e, a livello europeo, sia le sentenze *Commissione* c. *Portogallo* del 10 novembre 2011 e *Commissione* c. *Grecia* dell'8 novembre 2012 che le procedure di infrazione attualmente in corso nei confronti di Germania e Italia[10]. Quanto agli investimenti provenienti da "private sovereign entities"[11] collegate, a vario titolo, con paesi terzi, assume rilevanza la proliferazione dei cosiddetti "fondi sovrani" e delle *state owned enterprises* extra-UE, con tutte le potenzialità, positive e negative, che tali figure ibride – a metà tra pubblico e privato – implicano per l'Unione, nella sua dimensione politica, economica e sociale[12].

Private Choice of Law, in *Tulane Law Review*, 2007-2008, p. 1801 ss.; A. BIONDI, *When the State is the Owner – Some Further Comments on the Court of Justice "Golden Shares" Strategy*, in U. BERNITZ, W.-G. RINGE, *Company Law and Economic Protectionism. New Challenges to European Integration*, Oxford, 2010, p. 95 ss., in specie pp. 95-96. La circostanza che tra le due categorie giuridiche del pubblico e del privato vi sia, oramai, una chiara osmosi non rende, peraltro, di per sé inopportuna un'indagine che ponga al centro l'evoluzione e la trasformazione dei loro rapporti (in senso contrario sembra esprimersi A. BIONDI, *op. cit.*, p. 95).

[7] Al riguardo, va chiarito che il presente lavoro non mira ad indagare, approfonditamente e in termini comparativi, i riflessi della giurisprudenza in materia di *golden shares* sul diritto societario degli Stati membri; sul punto si rinvia, per tutti, a W.-G. RINGE, *Company Law and Free Movement of Capital*, in *Cambridge Law Journal*, 2010, p. 378 ss. e ai contributi raccolti in U. BERNITZ, W.-G. RINGE, *op. cit*.

[8] GU n. 111 del 14 maggio 2012.

[9] Vedi il § 2.

[10] Vedi i §§ seguenti.

[11] Così F. BASSAN, *The Law of Sovereign Wealth Funds*, Cheltenham, 2011, p. 24.

[12] Il tema – che richiederebbe una trattazione specifica – non costituisce l'oggetto principale della presente indagine; per alcune considerazioni, tuttavia, vedi i §§ 4 e 6.

2. Liberalizzazioni, privatizzazioni, servizi pubblici e golden shares

L'instaurazione e il perfezionamento del mercato interno, per un verso, e, per l'altro, il rispetto delle regole di concorrenza impongono, in capo agli Stati membri dell'Unione, l'eliminazione dei limiti all'iniziativa economica privata e degli ostacoli agli scambi intracomunitari, entrambe "classiche" manifestazioni dell'intervento pubblico nell'economia[13]. È quanto avvenuto su spinta delle istituzioni europee e sulla base di un significativo *corpus* di atti di diritto derivato.

Una tale deregolamentazione, realizzatasi soprattutto nei settori d'interesse economico generale[14], è stata attuata su impulso della Commissione, coadiuvata dalla Corte di giustizia. Inizialmente, nei primi anni ottanta, la Commissione ha esercitato il potere di proposta e iniziativa che le spetta nel quadro della procedura di cui all'articolo 189B del Trattato CEE, divenuto articolo 251 del Trattato CE, attuale 294 TFUE. La base legale utilizzata è stata l'articolo 100A del Trattato CEE, divenuto articolo 95 del Trattato CE, attuale 114 TFUE, che consente al Consiglio e al Parlamento, come noto, di adottare misure di armonizzazione attraverso le quali il diritto dell'Unione ha stimolato e/o determinato la progressiva apertura dei singoli mercati nazionali al gioco del mercato e alla libera concorrenza. Successivamente, la Commissione, avvalendosi del terzo paragrafo dell'articolo 106 TFUE, facendo perno sull'atipico potere normativo ivi previsto[15], ha emanato, a partire dalla metà degli anni

[13] Così C. IANNONE, *L'intervento pubblico nell'economia e le regole di concorrenza comunitarie*, Torino, 2009, p. 97; si veda anche S. M. CARBONE, *Brevi note in tema di privatizzazioni e diritto comunitario*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1999, p. 231 ss.

[14] Per l'individuazione di tali settori e per un'indagine su nozione ed evoluzione dei servizi di interesse economico generale sia consentito un rinvio a D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, Mercato e* Welfare *nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, in particolare pp. 174-467; si vedano altresì i contributi in M. CREMONA (ed. by), *Market Integration and Public Services in the European Union*, Oxford, 2011 e E. SZYSZCZAK, J. DAVIES, M. ANDENAS, T. BEKKEDAL (eds.), *Developments in Services of General Interest*, The Hague, 2011.

[15] Il paragrafo 3 stabilisce: "[l]a Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni". Sul potere normativo della Commissione si vedano, tra gli altri, N. EMILIOU, *Treading a Slippery Slope: The Commission's Original Legislative Powers*, in *European Law Review*, 1993, p. 305 ss.; F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Les pouvoirs spéciaux conférés à la Commission en matière de concurrence par l'article 90, par. 3 du Traité de Rome*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1994, p. 601 ss.; J. L. BUENDIA SIERRA, *Article 86-Exclusive Rights and Other Anti-Competitive State Measures*, in J. FAULL, A. NIKPAY, *The EC Law of Competition*^{2}, Oxford, 2007, pp. 646-651.

ottanta e poi con maggiore vigore durante gli anni novanta, decisioni e direttive al fine di dare attuazione al primo e al secondo paragrafo della norma[16].

Questo processo di liberalizzazione, presupponendo, per il suo effettivo compimento, l'ingresso di soggetti privati in settori strategici dell'economia nazionale, si è accompagnato ad una pervasiva azione di privatizzazione delle imprese pubbliche. In effetti, l'interconnessione tra liberalizzazioni e privatizzazione trova giustificazione nella circostanza che l'alienazione del controllo di un'impresa dall'operatore statale al soggetto privato, pur non essendo imposta *a priori* dal diritto dell'Unione, rappresenta uno strumento indispensabile per garantire che lo *spirito* dei trattati trovi piena realizzazione[17].

L'alternativa, meno radicale ma frequentemente impiegata dalle istituzioni UE, è stata quella di favorire non tanto lo spoglio di un'attività da un ente pubblico ad uno privato quanto il trattamento, in *par condicio*, di imprese private e pubbliche: da qui la centralità assunta, nel corso degli anni, dall'articolo 106, par. 1 TFUE[18]. In questa prospettiva si inserisce l'obbligo per gli Stati di rispettare le regole di concorrenza e di libero mercato nella procedura di privatizzazione[19].

Per quel che concerne la fase successiva al trasferimento della pro-

[16] Il primo paragrafo dispone: "Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi". Il secondo prevede: "Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione".

[17] Sulla "nuova" costituzione economica e sulle sue trasformazioni a seguito dei fenomeni di liberalizzazione e privatizzazione si veda, per tutti, S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*[4], Bari, 2011.

[18] Al riguardo si veda A. PAPPALARDO, *State measures and public undertakings. Article 90 of the EEC Treaty revisited*, in *European Competition Law Review*, 1991, p. 29.

[19] Ad esempio, nella fase precedente alla cessione della proprietà, i governi nazionali sono tenuti ad astenersi, da un lato, dalla riduzione del prezzo di vendita dell'azienda (così da accordare un vantaggio finanziario all'impresa acquirente) e, dall'altro, dall'adozione di atti, come la cancellazione dei debiti, finalizzati a rendere la cessione medesima più appetibile. Inoltre, i conferimenti al capitale dell'impresa sono ritenuti ammissibili solamente nel caso in cui sia presente un piano di ristrutturazione che operi come garanzia per i futuri profitti della società acquirente (E. MOAVERO MILANESI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, 2004, p. 274).

prietà[20], con l'esaurirsi – o comunque con la decisa compressione – del fenomeno di diretta assunzione dell'economia da parte dello Stato, i pubblici poteri, per il perseguimento di obiettivi strategici per gli interessi dell'economia nazionale, hanno scelto di incidere sull'assetto organizzativo e funzionale delle società privatizzate. A tale scopo, nella quasi totalità dei paesi membri dell'Unione, lo strumento adoperato è stato (in molti ordinamenti continua ad essere) quello delle cosiddette *golden shares*. Con tale locuzione si fa riferimento ad una serie di poteri di intervento attribuiti allo Stato, attraverso leggi adottate, sul modello francese, *ex ante* e dal contenuto fortemente tipizzato e/o attraverso discipline specifiche, di stampo anglosassone, istituite, caso per caso, con l'introduzione delle necessarie disposizioni statutarie della società previa autorizzazione da parte dello Stato nelle sue leggi di privatizzazione[21].

In questo modo, le autorità pubbliche possono, cumulativamente o alternativamente, nominare i membri del consiglio di amministrazione, il suo Presidente o i componenti del collegio sindacale, influire sulle decisioni più significative delle società o esercitare il diritto di veto, concedendo autorizzazioni *ex ante*, opponendosi *ex post* alle misure adottate dagli organi sociali ovvero godendo di diritti di voto più incisivi rispetto agli altri azionisti, in merito alle acquisizioni o cessioni di capitale, all'ingresso di soci, alle fusioni e scissioni, ai cambiamenti di oggetto sociale e, infine, alle modifiche statutarie[22]. Per il tramite di questi poteri speciali, quindi, l'Esecutivo è titolare di prerogative di intervento – più ampie rispetto a quelle che gli spetterebbero in condizioni normali di mercato – sulla struttura e/o sulla gestione di determinate società privatizzate, un tempo titolari di diritti esclusivi, dunque ex-monopoliste ovvero aventi una posizione dominante sul mercato, a prescindere, non solo

[20] Sul punto si veda R. GAROFALI, *Golden share e Authorities nella transizione dalla gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998, p. 159 ss.

[21] Evidenzia le differenze esistenti tra la via britannica e quella francese alle *golden shares* G. C. SPATTINI, *"Vere" e "false" "*golden shares*" nella giurisprudenza comunitaria. La "deriva sostanzialista" della Corte di giustizia, ovvero il "formalismo" del principio della "natura della cosa": il caso Volkswagen, e altro…*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, pp. 314-316.

[22] Sui principali meccanismi nazionali di conservazione dell'interesse pubblico in caso di privatizzazione delle imprese pubbliche si vedano N. THIRON, Golden shares*, droit des sociétés et marché intérieur*, in *Cahiers de droit européen*, 2003, p. 225 ss., in specie pp. 228-245; S. GRUNDMANN, F. MÖSLEIN, *Golden Shares. State Control in Privatized Companies: Comparative Law, European Law and Policy Aspects*, consultabile *online* sul sito *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=410580*, pp. 5-18; G. SCARCHILLO, *Privatizzazioni, libera circolazione dei capitali e* golden share, in F. P. TRAISCI (a cura di), *Il "diritto privato europeo" dal mercato interno alla cittadinanza europea*, Napoli, 2010, p. 675 ss., in specie p. 695.

dalla percentuale di azioni (anche meramente simbolica e nominale) in suo possesso, ma anche dalla sua effettiva partecipazione al capitale sociale[23]. Infatti, non è detto che il pubblico sia sempre azionista perché esso possa godere di taluni privilegi in rapporto alle ex *public utilities*: per intenderci, quindi, non solo *golden shares* ma anche *golden rules*/*special rules*.

Un tale modello "evoluto"[24] d'intervento e controllo pubblico nell'economia costituisce un *tertium genus* rispetto sia alla "privatizzazione formale", ossia alla trasformazione di enti pubblici economici in società private, sia alla "privatizzazione sostanziale", consistente nella passaggio del controllo effettivo da un soggetto pubblico ad uno privato[25]. Le società, formalmente private, interessate dalle *golden shares*, sono "sotto influenza pubblica"[26], laddove l'influenza si realizza nel fatto che i diritti e le prerogative attribuiti ai soci dalla disciplina di diritto comune vengono ridotti a vantaggio della concessione, in capo ai soggetti pubblici, di più importanti poteri d'intervento.

L'attribuzione di prerogative speciali in capo allo Stato trova giustificazione, da un lato, nell'esigenza di controllare ed eventualmente reprimere i possibili abusi che soci privati, con quote più o meno rilevanti detenute nelle società ex pubbliche, potrebbero porre in essere e,

[23] In questo senso anche C. SAN MAURO, *La disciplina della* Golden Share *dopo la sentenza della Corte di giustizia 326/07*, consultabile *online* sul sito http://www.astrid-online.it/concorrenz1/studi--ric/san-mauro-nota_golden_share.pdf, p. 19 e J. RICKFORD, *Protectionism, Capital Freedom, and the Internal Market*, in U. BERNITZ, W.-G. RINGE, *op. cit.*, p. 56.

[24] Così M. CAPANTINI, Golden share *a tutela del servizio universale. Una censura di tipo più procedurale che sostanziale da parte della Corte di giustizia?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, p. 424.

[25] Sulle diverse declinazioni di privatizzazione e sugli intrecci tra tale fenomeno e la previsione di poteri speciali di controllo degli assetti societari si vedano, nella ragguardevole letteratura, M. CLARICH, voce *Privatizzazioni*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XI, Torino, 1996, p. 568 ss.; R. COSTI, *Privatizzazione e diritto delle società per azioni*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1995, p. 77 ss.; P. G. JAEGER, *Privatizzazioni; "*public companies*"; problemi societari*, ivi, p. 5 ss.; G. MINERVINI, *Contro il diritto speciale delle imprese pubbliche privatizzate*, in P. G. MARCHETTI (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia*, Milano, 1995, p. 165 ss.; J. SODI, *Poteri speciali,* golden share *e false privatizzazioni*, in *Rivista delle società*, 1996, p. 368 ss.; N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2000, p. 435 ss.; G. MORBIDELLI, *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, pp. 257-301; G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Rivista delle società*, 2006, p. 999 ss.

[26] Tra virgolette le locuzioni utilizzate da G. ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, in *Rivista delle società*, 1994, p. 392, citato da L. SALERNO, Golden shares*, interessi pubblici e modelli societari tra diritto interno e disciplina comunitaria*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2003, p. 673.

nell'altro, nell'impedire o ridurre al minimo l'ingresso (*rectius* le "scalate") nel capitale sociale di investitori ritenuti "scomodi" o inaffidabili dalle autorità pubbliche nazionali. La *ratio* delle *golden shares* consiste dunque nella protezione degli interessi generali che, a seguito della privatizzazione, rischia di essere disattesa in ragione degli obiettivi ultimi, di natura lucrativa, che orientano l'attività delle società non più pubbliche. Ciò tenuto conto del carattere particolarmente strategico dei settori, come quello della difesa, nei quali dette società operano, e/o nella natura di pubblico interesse delle attività da esse svolte[27]. Come opportunamente rilevato in dottrina, le *golden shares*, tuttora "often deployed to justify the State's traditional duty to provide public services", sono solitamente associate ad imprese, viste quali "national champions, a symbol of the State", rispetto alle quali "it would be difficult to persuade electorates that similar services or goods could be provided, not only by the private sector, but also by *non-nationals*"[28].

Dal punto di vista delle libertà fondamentali, a monte si pongono i rischi derivanti da un'eccessiva penetrazione di soggetti riconducibili ad altri paesi UE[29] in fette di mercato relative alla fornitura di *public goods*: ad esempio, il dubbio è che l'acquisizione, senza limiti particolari, da parte di una società francese, di una quota maggioritaria o comunque consistente dell'ENI, possa avere conseguenze sul piano dell'approvvigionamento di prodotti energetici da parte dello Stato italiano e della prestazione di servizi essenziali per gli utenti del servizio in Italia. È lecito, infatti, perlomeno dubitare che la società francese, collegata (direttamente o indirettamente) con le autorità pubbliche di quel paese, pur avendo interesse ad incrementare gli utili, abbia la medesima predisposizione a migliorare gli *standards* di fornitura del servizio nei confronti del bacino di utenza dell'ENI, composto, ovviamente, da cittadini italiani, di quella che essa invece ha rispetto a cittadini francesi, nei confronti dei quali resta, in senso lato, maggiormente *accountable*. L'obiezione, ispirata ad una concezione "salvifica" del mercato e delle sue dinamiche interne, secondo cui l'instaurazione di un regime di piena competizione nel settore dell'energia elettrica o del gas rappresenterebbe lo stimolo più

[27] Per una chiara definizione di *golden share* si vedano le osservazioni dell'Avvocato generale Colomer nelle conclusioni presentante il 3 luglio 2001 nelle cause del 4 giugno 2002, *Commissione* c. *Portogallo*, causa C-367/98, *Raccolta*, p. 4731, *Commissione* c. *Francia*, causa C-483/99, *Raccolta*, p. 4781, *Commissione* c. *Belgio*, causa C-503/99, *Raccolta*, p. 4809, punti 1 e 20.

[28] E. SZYSZCZAK, *Golden Shares and Market Governance*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2002, p. 262.

[29] Sulla problematica relativa agli investitori extra-UE vedi le riflessioni svolte nei §§ 4 e 6.

indicato perché l'azionista francese, anche di maggioranza, per non perdere quote di mercato, si adoperi al meglio per il bene della società e degli utenti del servizio, non pare decisiva e comunque appare un postulato, in quanto tale tutto da dimostrare.

Il problema sollevato dalle *golden shares*, reso ancora più attuale dalla crisi economica e finanziaria, consiste dunque nel capire dove e in quali termini debba essere tracciato il confine tra il diritto dello Stato di decidere discrezionalmente e in autonomia circa la regolamentazione di attività di interesse generale – anche attraverso l'utilizzo di strumenti di raccordo con (e d'influenza su) società ex-pubbliche preposte al loro svolgimento –, da un lato, e la competenza dell'Unione, dall'altro, nel garantire il rispetto delle libertà fondamentali obbligando dette società a comportarsi secondo principi di mercato e lo Stato ad abbandonare sue "propagini" pubbliche ostili al capitale privato, soprattutto straniero.

I poteri speciali in capo agli Stati membri, oggetto di numerose procedure d'infrazione instaurate dalla Commissione[30], sono stati sottoposti al vaglio della Corte di giustizia[31], ai sensi dell'articolo 226 del Trattato CE, attuale 258 TFUE, in numerose cause riguardanti l'incompatibilità con il diritto dell'Unione di determinate normative in Italia[32], Francia[33], Belgio[34], Portogallo[35], Regno Unito[36], Spagna[37], Paesi Bassi[38], Germania[39] e, da ultimo,

[30] L'unico rinvio pregiudiziale avente per oggetto le *golden shares* – instaurato dunque su iniziativa dell'investitore – è *Federconsumatori e altri e Associazione Azionariato Diffuso dell'AEM SpA e altri* c. *Comune di Milano* del 6 dicembre 2007, cause riunite C-463 e 464/04, *Raccolta*, p. I-10419.

[31] Con particolare riferimento a questa giurisprudenza, E. SZYSZCZAK, *Golden Shares*, cit., p. 261, correttamente rileva che "the cases reflect the continual battle of competence between the Member States, private actors and the European Union".

[32] Cfr. le sentenze *Commissione* c. *Italia* del 23 maggio 2000, causa C-58/99, *Raccolta*, p. I-3811, *Commissione* c. *Italia* del 2 giugno 2005, causa C-174/04, *Raccolta*, p. I-4933 e *Commissione* c. *Italia* del 26 marzo 2009, causa C-326/07, *Raccolta*, p. I-2291; sulla disciplina italiana allora vigente si veda, per tutti, S. VANONI, *Le società miste quotate in mercati regolamentati (dalla "*golden share*" ai fondi sovrani)*, in C. IBBA, M. C. MALAGUTI, A. MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, Torino, 2011, p. 187 ss.

[33] Cfr. la sentenza *Commissione* c. *Francia* del 2002, già citata.

[34] Cfr. la sentenza *Commissione* c. *Belgio* del 2002, già citata.

[35] Cfr. le sentenze *Commissione* c. *Portogallo* del 4 giugno 2002 (già citata), *Commissione* c. *Portogallo* dell'8 luglio 2010, causa C-171/08, *Raccolta*, p. I-6817 e *Commissione* c. *Portogallo* del 10 novembre 2011, causa C-212/09, non ancora in *Raccolta*.

[36] Cfr. la sentenza *Commissione* c. *Regno Unito* del 13 maggio 2003, causa C-98/01, *Raccolta*, p. I-4641.

[37] Cfr. le sentenze *Commissione* c. *Spagna* del 13 maggio 2003, causa C-463/00, *Raccolta*, p. I-4581, *Commissione* c. *Spagna* del 14 febbraio 2008, causa C-274/06, *Raccolta*, p. I-26 e *Commissione* c. *Spagna* del 17 luglio 2008, causa C-207/07, *Raccolta*, p. I-111.

Grecia[40]. I giudici[41], nel confermare le valutazioni di illegittimità effettuate dalla Commissione in tutti i casi ad eccezione di quello concernente il Belgio – in relazione al quale la Corte ha ritenuto conforme la normativa nazionale con il diritto UE sulla base del principio di proporzionalità –, hanno esaminato lo strumento delle *golden shares* sotto il profilo della libera circolazione dei capitali di cui all'articolo 63 e/o della libertà di stabilimento *ex* articolo 49 TFUE[42].

Le maggiori criticità delle varie normative nazionali, dunque, ravvisate dalle istituzioni UE, concernono le *golden shares* nei loro rapporti con il diritto primario piuttosto che con il diritto derivato[43]. In questo senso, la violazione del principio di non discriminazione costituisce il principale profilo di incompatibilità. In particolare, con riferimento alla nozione di restrizione del mercato interno, le ragioni per le quali la Corte ritiene illegittime le *golden shares* sono due.

In alcuni casi, viene riscontrata la natura formalmente discriminatoria della misura nazionale. Ad esempio, in *Commissione c. Portogallo* del 2002, a proposito di una normativa che vieta agli investitori cittadini di un altro Stato membro di acquisire più di un determinato numero di azioni in talune imprese portoghesi, i giudici si limitano a rilevare che la violazione dell'articolo 63 è dimostrata, essendo pacifico "che si tratta di una disparità di trattamento dei cittadini di altri Stati membri, che limita la libera circolazione dei capitali"[44].

Nella maggior parte delle cause, tuttavia, la Corte, in linea con

[38] Cfr. la sentenza *Commissione* c. *Paesi Bassi* del 28 settembre 2006, cause riunite C-282 e 283/04, *Raccolta*, p. I-9141.

[39] Cfr. la sentenza *Commissione* c. *Germania* del 23 ottobre 2007, già citata.

[40] Cfr. la sentenza *Commissione* c. *Grecia* dell'8 novembre 2012, causa C-244/11, non ancora in *Raccolta*.

[41] Per uno sguardo d'insieme si veda A. DASHWOOD, M. DOUGAN, B. RODGER, E. SPAVENTA, D. WYATT, *Wyatt and Dashwood's European Union Law*[6], Oxford-Portland, 2011, pp. 665-670.

[42] Sulla scelta tra capitali e stabilimento vedi il § 4.

[43] Cfr., tuttavia, i seguenti atti rilevanti in materia: la direttiva del Consiglio n. 68/151/CEE, del 9 marzo 1968, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'articolo 58, secondo comma, del trattato per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi (GUCE L 65 del 14 marzo 1968, p. 8), modificata dalla direttiva n. 2003/58/CE del Parlamento e del Consiglio, del 15 luglio 2003, per quanto riguarda i requisiti di pubblicità di taluni tipi di società (GUUE L 221 del 4 settembre 2003, p. 13); la direttiva del Consiglio n. 78/855/CEE, del 9 ottobre 1978, basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del trattato e relativa alle fusioni delle società per azioni (GUCE L 295 del 20 ottobre 1978, p. 36); la direttiva del Consiglio n. 88/361/CEE, del 24 giugno 1988, per l'attuazione dell'articolo 67 del trattato (GUCE L 178 dell'8 luglio 1988, p. 5) (su quest'ultimo atto vedi il § 4).

[44] Cfr. il punto 40 della sentenza.

l'approccio uniforme adottato nell'ambito di altri settori del diritto UE[45] e con la teoria del cosiddetto *market access*[46], alla tesi proposta dai diversi governi coinvolti nella causa, i quali fanno valere che la normativa interna si applica, senza distinzione, agli azionisti nazionali e agli azionisti provenienti da altri Stati membri, risponde prescindendo dal carattere direttamente discriminatorio della misura e afferma che "devono ritenersi 'restrizioni' […] i provvedimenti nazionali che possono impedire o limitare l'acquisto di azioni nelle imprese interessate o che possono dissuadere gli investitori di altri Stati membri dall'investire nel capitale delle stesse"[47], col risultato di condizionare l'accesso al mercato, rendendo meno "attraente" l'acquisizione di azioni nel capitale sociale[48]. Alla base di tale ragionamento si pone l'impostazione formulata dalla Commissione nella comunicazione del 1997 relativa ad alcuni aspetti giuridici attinenti agli investimenti comunitari, secondo cui "[a]nche se le considerazioni 'di interesse nazionale' riguardano spesso provvedimenti in teoria non discriminatori, come la concessione di un'autorizzazione, questo criterio non risulta sufficientemente trasparente e può, quindi, introdurre un elemento di discriminazione nei confronti degli investitori esteri e un'incertezza del diritto"[49].

Il fatto che in molte delle cause in materia di *golden shares* il capitale sociale fosse detenuto da numerosi investitori di altri paesi membri non è stata considerata una ragione sufficiente per evitare la condanna dello Stato. La Corte, infatti, ha chiarito che si trattava di misure illegittime in quanto idonee a limitare, in atto ma anche solo in potenza, la possibilità per gli azionisti esteri di istituire o mantenere legami economici durevoli e diretti con la società. Inoltre, i giudici, nel ritenere, in più occasioni, che la detenzione, da parte dello Stato, di azioni privilegiate "non è giustificata dall'importanza della partecipazione che esso detie-

[45] Sul punto si veda S. GOBBATO, Golden shares *e approccio uniforme in materia di capitali nella recente giurisprudenza comunitaria*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2004, p. 427 ss., in specie p. 429.

[46] Su questa teoria, elaborata *in primis* dall'Avvocato generale Jacobs nelle conclusioni presentate il 24 novembre 1994 in *Société d'importation Édouard Leclerc-Siplec* c. *TF1 Publicité SA e M6 Publicité SApp* del 9 febbraio 1995, causa C-412/93, *Raccolta*, p. I-00179, punti 39-42, e sulla sua portata estensiva si veda, in particolare, D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law. Cases and Materials*[2], Cambridge, 2010, pp. 678-680.

[47] Cfr., a titolo esemplificativo, le sentenze, già citate, *Commissione* c. *Spagna* del febbraio 2008, punti 18-20 e *Commissione* c. *Portogallo* del luglio 2010, punto 50.

[48] Cfr. la sentenza, già citata, *Commissione* c. *Spagna* del maggio 2003, punto 61.

[49] GUCE C 220 del 19 luglio 1997, p. 15, punto 8.

ne" nelle società[50], se, teoricamente, sembrano considerare legittimo *per se* l'intervento dello Stato nella gestione e nell'organizzazione di società ex pubbliche, *de facto*, ne comprimono fortemente la portata, elevando a principio costitutivo, in concreto assoluto e inderogabile, quello della diretta proporzionalità tra proprietà e controllo della società[51].

Il risultato è che la giurisprudenza UE, nonostante la prospettata penetrazione, per analogia, da parte di taluni governi europei, della "logica *Keck*"[52] nel settore delle *golden shares*, è stata – anche recentemente – sempre molto espansiva e invasiva.

Sulla base dei principi fin qui sommariamente descritti si fondano anche le due procedure di infrazione, attualmente in corso[53], contro Germania[54] e Italia[55]. Al riguardo, proprio con riferimento all'ordinamento italiano, c'è da chiedersi se la citata legge n. 56 del maggio 2012, di conversione del decreto Monti-Moavero n. 21 del marzo 2012, possa indurre la Commissione ad archiviare la procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano. Il punto è che, se la versione originaria sembrava essere in linea con il diritto UE per la natura circostanziata delle condizioni suscettibili di attivare i poteri speciali e per il carattere circoscritto dei settori interessati, il testo entrato in vigore, come modificato

[50] Cfr. la sentenza, già citata, *Commissione* c. *Portogallo* del luglio 2010, punto 60; cfr. altresì la sentenza, anch'essa già citata, *Commissione* c. *Germania* dell'ottobre 2007, punti 50-51.

[51] Nonostante sul punto dubbi tuttora esistano, come rilevato da B. MESTRE, *The ECJ's Decision on Portugal's "Golden Share": Broader Implications of a Restatement*, in *European Law Reporter*, 2010, p. 283 ss., alla luce di quanto stabilito dal diritto secondario e dai regimi di *corporate governance* degli Stati membri; sull'interpretazione della direttiva n. 2004/25/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, concernente le offerte pubbliche di acquisto (GUCE L 142 del 30 aprile 2004, p. 12), la quale, negli articoli 10 e 11, potrebbe essere interpretata nel senso di imporre il criterio "*one state/one vote*" a livello di diritto societario degli Stati membri, si vedano W.-G. RINGE, *Deviations from Ownership-Control Proportionality. Economic Protectionism Revisited* e A. REISBERG, *Deviations from Ownership-Control Proportionality. Private Benefits and the Bigger Picture*, in U. BERNITZ, W.-G. RINGE, *op. cit.*, rispettivamente p. 209 ss. e p. 241 ss.; in generale, dal punto di vista del diritto comparato e della teoria generale, si veda P. A. HALL, D. SOSKICE, *Varieties of Capitalism. The institutional foundations of comparative advantage*, Oxford, 2011.

[52] Cfr. le sentenze, già citate, *Commissione* c. *Regno Unito*, punto 28, *Commissione* c. *Germania*, punti 46-47 e *Commissione* c. *Portogallo*, punto 37.

[53] Le procedure contro la Danimarca, il Lussemburgo e l'Ungheria sono state archiviate per l'adempimento di questi Stati; cfr. il sito web http://ec.europa.eu/internal_market/capital/news/index_en.htm.

[54] Cfr. il sito web http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-826_en.htm?locale=en.

[55] Cfr. il sito web http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1443_en.htm?locale=en.

dagli emendamenti apportati dalla Camera dei deputati, rischia di andare incontro ai rilievi delle istituzioni europee sotto due profili: l'estensione dell'obbligo di notifica da parte della società allo Stato per un'ampia serie di delibere, per un verso, e, per l'altro, l'utilizzo di *golden powers* in relazione ai settori della difesa e dei servizi strategici legati all'energia, alle telecomunicazioni e ai trasporti, "ivi compresi quelli necessari ad assicurare l'approvvigionamento minimo e l'operatività dei servizi pubblici essenziali"[56]. Il collegamento tra i servizi strategici relativi a determinati settori d'interesse generale e l'insieme dei servizi pubblici essenziali, in particolare, pare estendere, in misura eccessiva, i poteri dello Stato fino a legittimarne l'intervento con riferimento, potenzialmente, all'assolvimento di tutte le attività di interesse generale esercitate da società ex pubbliche[57].

3. Il principio di (supposta) neutralità rispetto agli assetti proprietari delle imprese e alle relative forme giuridiche e la sua interpretazione restrittiva (e piuttosto mortificante) fornita dalla Corte di giustizia

L'articolo 345 TFUE stabilisce che "[i] trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri". L'Unione, almeno sulla carta, è quindi indifferente nei confronti del regime di proprietà delle imprese che operano nel mercato europeo.

La norma va necessariamente letta in combinazione con l'articolo 106, par. 1 TFUE[58], il quale, nel sancire il principio di eguaglianza, ai fini dell'applicazione del diritto UE, tra imprese private e imprese pubbliche oppure titolari di diritti speciali o esclusivi, vieta qualsiasi misura statale[59] suscettibile di discriminare le prime a favore di queste ultime[60].

[56] Cfr. l'attuale articolo 2, par. 1 della legge.

[57] In generale, sulle recenti modifiche nell'ordinamento italiano si veda C. SAN MAURO, *La disciplina della nuova "*Golden share*"*, in *Federalismi*, consultabile *online* sul sito http://www.federalismi.it/federalismi/ApplMostraDoc.cfm?hpsez=Primo_ Piano&content=La+disciplina+della+nuova+golden+share&content_auth=Cesare+San+Mauro&Artid=21104.

[58] In tale senso si veda altresì M. C. MALAGUTI, *Assetti societari e diritto della concorrenza. Percorsi accidentati del principio di parità di trattamento tra imprese pubblica ed impresa privata*, in C. IBBA, M. C. MALAGUTI, A. MAZZONI (a cura di), *op. cit.*, pp. 31-35.

[59] Sul concetto di "misura" ai sensi dell'articolo 106, par. 1 si vedano ampiamente J. L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights and State Monopolies Under EC Law*, Oxford, 1999, pp. 14-29 e F. BLUM, A. LOGUE, *State Monopolies under EC Law*, Chichester, 1998, pp. 12-15.

Dalla lettura congiunta delle due disposizioni sembra evincersi che l'articolo 345 mira a concedere margini di manovra e discrezionalità che gli Stati altrimenti non avrebbero sulla base *sic et sempliciter* dell'articolo 106, par. 1[61]: l'obbligo di *par condicio* tra imprese, come previsto da quest'ultima norma[62], l'obbligo cioè di trattare in maniera eguale imprese collegate, a vario titolo, con lo Stato e imprese private, non impone agli Stati di privatizzare, ossia di affidare al privato l'erogazione di determinati servizi. Osta ad una tale interpretazione proprio il principio di neutralità di cui all'articolo 345. In questo senso, gli articoli 106.1 e 345, lungi dall'operare quale sorta di endiadi, integrano un contemperamento di valori ed esigenze, in linea con i principi cardine della *soziale marktwirtschaft* e con le premesse concettuali della "Scuola di Friburgo"[63].

[60] Oltre che con il principio della parità di trattamento tra imprese, il principio di neutralità di cui all'articolo 345 va interpretato in combinazione con il principio di trasparenza, in base al quale l'azione e il comportamento degli operatori economici nazionali, a prescindere dal loro *status* giuridico, deve rispondere a criteri di semplificazione, correttezza e scambio d'informazioni, anche e soprattutto in rapporto alle autorità pubbliche, in special modo qualora queste detengano un potere di controllo (diretto o indiretto) su tali operatori, come sottolineato da J. VANDAMME, *Concurrence, Marché commun et entreprises publiques*, in B. THIRY, J. VANDAMME (sous la direction de), *Les entreprises publiques dans l'Union européenne: entre concurrence et intéret général*, Paris, 1995, pp. 28-30.

[61] Sottolinea lo spazio di discrezionalità concesso agli Stati dall'articolo 345 S. M. CARBONE, *"Golden share" e Fondi sovrani: lo Stato nelle imprese tra libertà comunitarie e diritto statale*, in G. NARDOZZI, S. M. CARBONE (a cura di), *Lo Stato da gestore di grandi imprese a referente nel loro Governo*, Genova, 2011 p. 311.

[62] Non pare potersi accogliere la tesi proposta dall'Avvocato generale Tesauro nelle conclusioni del 13 febbraio 1990 rese nel caso *Francia* c. *Commissione* del 19 marzo 1991, causa C-202/88, *Raccolta*, p. I-1223, punto 29, secondo il quale l'articolo 222 del Trattato CEE, attuale 345 TFUE, se messo in relazione con l'articolo 90, par. 1 del Trattato CEE, attuale 106, par. 1, si limiterebbe ad enfatizzare la presunzione di legittimità riconosciuta da quest'ultima norma. A questo proposito, si ricorda, infatti, che, pur riconoscendo la presunzione di legittimità *per se* delle imprese pubbliche e delle imprese titolari di diritti speciali o esclusivi, la Corte ha interpretato l'articolo 106, par. 1, in combinazione con l'articolo 102 TFUE, nel senso di ritenere che esso produce, in termini automatici, distorsioni del mercato suscettibili di configurare un abuso di posizione dominante. Sul punto si vedano, *ex multis*, A. GARDNER, *The Velvet Revolution: Article 90 and the Triumph of the Free Market in Europe's Regulated Sectors"*, in *European Competition Law Review*, 1995, p. 78 ss.; R. KOVAR, *Droit communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1996, p. 215 ss. e p. 493 ss.

[63] Sul tema si vedano W. EUCKEN, *Nationalokomie Wazu?*, Godesberg, 1947; A. MÜLLER-ARMACK, *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik. Studien und Konzepte zur Sozialen Marktwirtschaft und zur Europäischen Integration*, Freiburg, 1966; P. PICONE, *Origine ed evoluzione delle regole di concorrenza comunitarie: l'apologia del mercato "sociale" europeo*, in *Critica del diritto*, 1974, pp. 70-73; G. AMORELLI, *Le privatizza-*

Lasciando da parte l'assunto, tutto da dimostrare, che la privatizzazione costituisce sempre e comunque il solo modo per rendere più efficienti e competitive le imprese ed eliminare rendite parassitarie nella gestione della cosa un tempo pubblica[64], e soffermandosi, invece, sull'interpretazione dell'articolo 345, alcune osservazioni critiche possono essere svolte.

Il problema ruota intorno alla definizione e alla perimetrazione della nozione di "regime di proprietà esistente negli Stati membri". Il ragionamento della Corte può essere riassunto nel modo seguente: la norma riconosce che "il passaggio di un'impresa dal settore pubblico al settore privato è una scelta di politica economica che, in quanto tale, rientra nella competenza esclusiva degli Stati membri", come affermato dalla Commissione nella citata comunicazione del 1997 sugli investimenti comunitari[65]; gli Stati sono liberi di possedere un pacchetto di controllo nella società privatizzata, ma non possono godere di una serie di prerogative che li pongono in una situazione di vantaggio rispetto agli altri azionisti; va pertanto esclusa la pertinenza dell'articolo 345, non sussistendo alcuna equivalenza tra tali prerogative e il concetto di proprietà enunciato nella norma.

La giurisprudenza sul punto è oramai consolidata. La Corte, in effetti, sceglie volutamente di non cogliere i margini di sovranità che l'articolo 345 parrebbe concedere agli Stati membri[66]. Anzi, l'ambito di applicazione *ratione materiae* della norma è stato via via sempre più compresso nel corso degli anni, a tutto favore del privato rispetto al pubblico, nonostante l'opinione contraria, più volte ribadita in numerose cause, dell'Avvocato generale Colomer[67]. In particolare, la tesi di Colo-

zioni nella prospettiva del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea, Padova, 1992, pp. 7-11; G. AMATO, *Antitrust and the bounds of Power. The Dilemma of Liberal Democracy in the History of Market*, Oxford, 1997, pp. 39-46.

[64] Si pensi, in Italia, al caso delle Telecom e dell'IRI e, nel Regno Unito, a quello delle ferrovie inglesi, il cui studio rende palese l'emersione di un'evidente ritrosia del privato a garantire la ricapitalizzazione delle società e l'indifferenza (a volte l'insofferenza) circa il perseguimento di obiettivi di universalità delle prestazioni fornite ai cittadini-utenti; in argomento si vedano i contributi raccolti in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007 e in G. NARDOZZI, S. M. CARBONE, *op. cit.*

[65] Cfr. la prima nota della comunicazione, già citata.

[66] Cfr., a titolo di esempio, la sentenza, già citata, *Commissione* c. *Grecia* del novembre 2012, punti 15-18.

[67] Cfr. le conclusioni del 3 luglio 2001 nelle cause del 4 giugno 2002, punti 37-92, le conclusioni del 6 febbraio 2003 nelle cause *Commissione c. Regno Unito* e *Commissione c. Spagna* del 13 maggio 2003, punto 37, le conclusioni del 13 febbraio 2007 nella causa *Commissione c. Germania*, punti 42-56, le conclusioni del 6 novembre 2008 nella causa *Commissione c. Italia* del 26 marzo 2009, punti 35-42; in dottrina si vedano, *inter*

mer segue tre ordini di ragionamenti, volti a sottolineare "l'errore fondamentale" in cui sarebbe incorsa la Commissione nel "trascurare le conseguenze giuridiche del disposto dell'articolo 295 [attuale 345]"[68]. In primo luogo, in base ad un'interpretazione sistematica della norma, egli rileva che essa, essendo collocata nella parte sesta del Trattato, destinata alle disposizioni generali e finali, avrebbe una portata che si estende trasversalmente all'insieme dei precetti del Trattato, anche quelli riguardanti le libertà di circolazione; in secondo luogo, il tenore perentorio e incondizionato del testo della disposizione ne sottolineerebbe la centralità, considerato che tale espressione "non figura in nessun'altra disposizione del Trattato"; infine, l'articolo 345 sarebbe l'unica norma a derivare la sua autorità direttamente dalla Dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950. Da qui la necessità di valorizzarne la portata giuridica, non privandola del suo effetto utile, circostanza questa che si è invece verificata nella misura in cui la Corte di giustizia, nel ritenere irrilevante l'articolo 345 in materia di *golden shares*, implicitamente interpreta la norma nel senso di accogliere una nozione di neutralità *positiva*, in base alla quale l'indifferenza dell'Unione riguarderebbe esclusivamente l'opportunità della decisione di privatizzazione adottata dagli Stati membri[69], non quindi le modalità con le quali tale privatizzazione viene concretamente attuata dai governi nazionali[70].

Al riguardo, a differenza di quanto sembra ritenere la Corte, non pare scontato sostenere che l'espressione "regime di proprietà" rinvii esclusivamente all'ordinamento civilistico dei rapporti patrimoniali. Al contrario, nulla osta a che essa sia intesa nel senso di riferirsi alle norme, tanto di origine privatistica quanto afferenti al diritto pubblico, atte ad attribuire la titolarità, in senso economico, di un'impresa, ossia a tutte quelle regole che permettono al titolare d'influire sulla definizione e sull'attuazione di tutti o di alcuni tra gli obiettivi economici dell'impresa. La distinzione tra imprese pubbliche e private non può, dunque, ricon-

alia, S. M. CARBONE, *"*Golden Share*" e fondi sovrani*, cit., in specie pp. 311-319 e, seppure con alcuni importanti distinguo attinenti alla nozione di proprietà e a quella di controllo statale, N. THIRON, *op. cit.*, pp. 262-266.

[68] Cfr. il punto 39 delle conclusioni del 3 luglio 2001.

[69] Così S. GOBBATO, *op. cit.*, p. 437; si vedano altresì A. VERHOEVEN, *Privatisation and EC Law: Is the European Commission 'Neutral' With Respect To Public Versus Private Ownership of Companies?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, p. 27 ss. e M. KARPENSCHIF, *La privatisation des entreprises publiques: une pratique encouragée sous surveillance communautaire*, in *Revue française de droit administratif*, 2002, p. 95 ss.

[70] Sul tema si veda anche T. AJELLO, *Le* golden shares *nell'ordinamento comunitario: certezza del diritto, tutela dell'affidamento degli investitori e "pregiudiziale" nei confronti dei soggetti pubblici*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2007, p. 811 ss.

dursi alla mera composizione della struttura azionaria, ma è strettamente collegata alla possibilità per lo Stato di imporre determinati obiettivi di politica economica, distinti dalla ricerca del massimo profitto che caratterizza l'attività privata. Sostenere, come fa la Corte, che proprietà significa piena appartenenza soggettiva delle cose e non anche titolarità economica, intesa, in termini dinamici, come esercizio di un potere di controllo, di un'influenza riconosciuta da fonti di origine pubblicistica o privatistica sulla destinazione e l'utilizzo di beni e risorse, non sembra un'impostazione esente da critiche.

Peraltro, l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia non pare coerente con il tipo di valutazione, pragmatica e funzionale, di impresa privata e pubblica elaborata dagli organi giurisdizionali UE secondo la quale, con riferimento alla nozione di economicità, viene attribuito carattere economico a qualsiasi soggetto esercente una data attività, remunerata e in condizioni di mercato, indipendentemente dalla sua natura giuridica e dalle relative modalità di finanziamento[71]. Quanto al carattere pubblico di un'impresa, un'interpretazione funzionale, ispirata a questa stessa logica sostanziale, è accolta dalle istituzioni europee, nel diritto derivato e nella giurisprudenza[72], laddove è affermato che il carattere pubblico di un'impresa non dipende dai rapporti formali di proprietà, bensì dal potere di controllo effettivo esercitato dallo Stato sulla medesima. All'articolo 2, par. 1, secondo trattino, della direttiva della Commissione 80/723/CEE del 25 giugno 1980 relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche, modificata prima dalla direttiva 2000/56/CE del 26 luglio 2000[73] e poi dalle direttive 2005/81/CE del 28 novembre 2005[74] e 2006/111/CE del 16 novembre 2006[75], è scritto, infatti, che va considerata impresa pubblica "ogni impresa nei confronti della quale i poteri pubblici possano esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante per ragioni

[71] Cfr., a titolo esemplificativo, la sentenza *Höfner and Elser* del 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Raccolta*, p. I-1919; sulla nozione di economicità, tra diritto *antitrust* e libertà fondamentali, si veda D. GALLO, *op. cit.*, pp. 234-371.

[72] Per un esame delle principali problematiche concernenti il rapporto tra imprese pubbliche e diritto dell'Unione si vedano, *ex plurimis*, M. BASEX, *L'appréhension des services publics par le droit communautaire*, in *Revue française de droit administratif*, 1995, p. 550 ss.; A. HANNEQUART, *Les fonctions des entreprises publiques et l'ordre juridique communautaire*, in B. THIRY, J. VANDAMME (sous la direction de), *Les entreprises publiques dans l'Union européenne: entre concurrence et intérêt général*, Paris, 1995, p. 85 ss.

[73] GUCE L 193 del 29 luglio 2000, p. 75.

[74] GUUE L 312 del 29 novembre 2005, p. 47.

[75] GUUE L 318 del 17 novembre 2006, p. 17.

di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che la disciplina"[76].

Insomma, con quanto scritto fin qui si intende sottolineare che il principio delle libertà di circolazione, pur fondamentale, non ha carattere assoluto, dovendo essere messo in relazione con altre regole e principi. Ora, questa opera di bilanciamento passa, appunto, oltre che sul piano delle eccezioni[77], anche per il confronto con altri principi costitutivi, come quello di neutralità rispetto al regime giuridico delle imprese di cui all'articolo 345. Un tale confronto, certamente, non può avvenire se la Corte, come affermato anche recentemente nella sentenza *Commissione* c. *Grecia* del novembre 2012, pone come condizione per l'applicazione dell'articolo 345 che questo non entri in conflitto con le norme sulle liberta di circolazione[78], sottintendendo quindi che il primo si troverebbe in una posizione gerarchicamente inferiore rispetto alle seconde. Una diversa interpretazione dell'articolo 345 è possibile, senza, evidentemente, ritenere che essa comporti, *ex se*, l'esenzione delle *golden shares* dall'applicazione del Trattato. Semmai, una valorizzazione della norma potrebbe portare, se non ad invertire la presunzione della loro illegittimità – che sembra configurarsi nella giurisprudenza UE –, perlomeno a relativizzarla in maniera significativa.

4. Investimenti diretti, libera circolazione dei capitali, diritto di stabilimento e investitori extra-UE: il problema della base giuridica, la questione dell'abuso del diritto e le ricadute della giurisprudenza in tema di golden shares *sul trattamento dei fondi sovrani e* delle state owned enterprises *riconducibili,* de facto*, a Stati terzi*

L'individuazione del diritto UE applicabile alle *golden shares* impone di comprendere quali siano le norme sulle libertà di circolazione maggiormente interessate (e potenzialmente violate) dagli ordinamenti nazionali conferenti poteri speciali: libertà di stabilimento o libera circolazione dei capitali? La scelta tra articoli 49 e seguenti e 63 e seguenti TFUE non è dirimente ai fini degli scambi intracomunitari, considerato che i ragionamenti giurisprudenziali finora svolti, in merito sia ai capitali che allo stabilimento, sulla nozione di restrizione del mercato e sulla por-

[76] GUCE L 195 del 29 luglio 1980, p. 35.
[77] Vedi i §§ 6 e 7.
[78] Cfr. i punti 17-18 della sentenza, già citata.

tata delle giustificazioni d'interesse generale, sono pressoché identici[79]. La questione assume, al contrario, rilevanza centrale in relazione agli investimenti provenienti da paesi terzi, dal momento che il campo di applicazione *ratione personae* della disciplina sui capitali è più esteso di quello relativo allo stabilimento, con riferimento agli investitori extra-UE[80]. Ciò significa che tali investitori possono invocare, di fronte ad un giudice di un paese membro, l'articolo 63, ma non l'articolo 49, per lamentare la violazione di un loro diritto causata dalla previsione di una *golden share* detenuta da autorità nazionali di quel paese in società privatizzate che operano sul suo territorio. Il problema riguarda tutte le tipologie di investimenti extra-UE, inclusi quelli effettuati dai fondi sovrani[81], dalle cosiddette *state owned enterprises* (imprese pubbliche interamente controllate da uno Stato terzo)[82] e, più in generale, da tutte quelle "private sovereign entities"[83], formalmente private oppure a partecipazione mista, che sono collegate, a vario titolo e con gradazioni diverse, con le autorità pubbliche di un paese terzo.

La giurisprudenza, nonostante l'importanza del tema che esigerebbe chiarezza e certezza del diritto, si caratterizza per una certa disomogeneità.

La Corte, in una prima fase, sostanzialmente ragiona sulle sole nor-

[79] Così M. O'BRIEN, *Case C-326/07,* Commission of the European Communities *v.* Italian Republic*, Judgment of the Court of Justice (Third Chamber) of 26 March 2009, not yet reported*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 257.

[80] Sottolineano la rilevanza della questione, tra gli altri, S. DE VIDO, *La recente giurisprudenza comunitaria in materia di golden share: violazione delle norme sulla libera circolazione dei capitali o sul diritto di stabilimento?*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2007, p. 861 ss.; F. SANTONASTASO, *La "saga" della "*golden share*" tra libertà di movimento di capitali e libertà di stabilimento*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2007, p. 302 ss.

[81] Per uno sguardo d'insieme sui fondi sovrani, limitatamente ai profili giuridici, si veda, per tutti, F. BASSAN, *The Law*, cit.; con particolare riguardo ai tentativi (più o meno riusciti) di una loro regolamentazione da parte delle organizzazioni internazionali, si vedano E. MOSTACCI, *Stati finanziari e mercati sovrani: la crisi economica e gli strumenti per fronteggiarla*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, p. 305 ss.; A. GIGANTE, A. LIGUSTRO, *Il diritto internazionale degli investimenti di fronte alla sfida dei fondi sovrani*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, p. 1179 ss.; M. AUDIT, *Is the Erecting of Barriers against Foreign Sovereign Wealth Funds Compatible with International Investment Law?*, 2008, consultabile *online* sul sito http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1154601.

[82] Ne è un esempio il colosso energetico russo GAZPROM.

[83] Per una definizione e un esame comparativo di tutti gli attori individuati nel testo si vedano F. BASSAN, *The Law*, cit., pp. 3-35; L. CATA BACKER, *Sovereign Investing in Times of Crises: Global Regulation of Sovereign Wealth Funds, State Owned Enterprises and the Chinese Experience*, in *Transnational Law and Contemporary Problems*, 2010, p. 3 ss.

me in materia di capitali, ritenendo che la violazione di quelle sullo stabilimento sia un effetto automatico e secondario della violazione degli articoli 63 e seguenti[84], in linea con la cosiddetta "centre-gravity theory" enucleata, per la prima volta, nel settore bancario, in *Fidium Finanz*[85], secondo cui, in caso di sovrapposizione tra norme, troverebbe applicazione la sola disciplina "to be most directly affected if the other is thought to be entirely secondary"[86].

Successivamente, la Corte[87], prima con la sentenza *Commissione* c. *Spagna* del luglio 2008[88] e poi, in maniera più decisa ed esplicita, con la sentenza *Commissione* c. *Italia* del marzo 2009[89], nel chiarire che il problema della possibile sussunzione di una normativa controversa nell'una o nell'altra libertà va risolta, *case by case*, sulla base dell'oggetto di tale normativa[90] e nel trasferire i ragionamenti da essa formulati in materia tributaria e finanziaria[91] sul piano delle *golden shares*, parzialmente rivalorizza gli articoli 49 e seguenti[92]. Lo fa, sulla base del cosiddetto "criterio *Baars*"[93], facendo rientrare nell'oggetto e nello scopo della libertà di stabilimento le disposizioni nazionali applicabili alla detenzione, da parte di un cittadino di uno Stato, nel capitale di una società stabilita in un al-

[84] Cfr., a titolo puramente esemplificativo, le sentenze, già citate, *Commissione* c. *Francia*, punto 56, *Commissione* c. *Spagna* del maggio 2003, punto 86 e *Commissione* c. *Regno Unito*, punto 52; come sottolineato da G. DE ROSA, *La Corte di giustizia condanna i criteri di esercizio della* golden share, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, p. 1656, l'unica eccezione è rappresentata dalla sentenza, anch'essa già citata, *Commissione* c. *Italia* del maggio 2000, punto 20, sulle cui caratteristiche peculiari si veda A. DASHWOOD, M. DOUGAN, B. RODGER, E. SPAVENTA, D. WYATT, *op. cit.*, pp. 665-666.

[85] Sentenza del 3 ottobre 2006, causa C-452/04, *Raccolta*, p. I-9521, punto 34.

[86] Così H. SCHWEITZER, *Sovereign Wealth Funds: Market Investors or "Imperialist Capitalists"? The European Response to Direct Investment by Non-EU State-Controlled Entities*, in U. BERNITZ, W.-G. RINGE, *op. cit.*, p. 103.

[87] Cfr., tuttavia, i punti 13-16 della sentenza *Commissione* c. *Germania*, già citata, nella quale la Corte, pur considerando *in abstracto* la possibile applicazione dell'articolo 49 al caso di specie, in concreto, respinge il ricorso della Commissione, rilevando che essa "non ha sviluppato nell'ambito del suo ricorso, come neppure nella sua replica o in sede di udienza, alcuna argomentazione specifica a sostegno di un'eventuale restrizione alla libertà di stabilimento".

[88] Cfr. i punti 59-63 della sentenza, già citata.

[89] Cfr. i punti 33-39 della sentenza, già citata.

[90] Cfr. il punto 22 della sentenza *Holböck* del 24 maggio 2007, causa C-157/05, *Raccolta*, p. I-4051.

[91] Cfr. le sentenze *Baars* del 13 aprile 2000, causa C-251/98, *Raccolta*, p. I-2787, punto 22 e *Caldbury* del 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Raccolta*, p. I-7995, punti 31-33.

[92] In linea con l'impostazione proposta dall'Avvocato generale Alber nelle sue conclusioni del 14 ottobre 1999 nella causa *Baars*, punti 12-30.

[93] Sul tema si veda J. RICKFORD, *Protectionism*, cit., pp. 81-93.

tro Stato membro, "di una partecipazione tale da conferirgli una sicura influenza sulle decisioni di tale società e da consentirgli di indirizzarne le attività"[94]. In particolare, in *Commissione* c. *Italia* del 2009 la Corte chiarisce che un tale potere di influenza è quello che si concretizza nel potere di veto in ordine a decisioni rientranti nella gestione della società[95], concernenti cioè azionisti "in grado di esercitare un'influenza sicura" su quest'ultima. Gli effetti restrittivi sulla libera circolazione dei capitali che dovessero realizzarsi sarebbero, quindi, "l'inevitabile conseguenza di un possibile ostacolo alla libertà di stabilimento e non giustificherebbero un esame autonomo" alla luce degli articoli 63 e seguenti[96]. Le norme sullo stabilimento, invece, sono considerate dalla Corte ancillari e consequenziali rispetto alla violazione delle regole sui capitali quando si tratti sia di investimenti di portafoglio che di investimenti diretti, intendendo, con quest'ultima espressione, gli investimenti "aventi lo scopo di stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra il finanziatore e l'impresa cui tali fondi sono destinati per l'esercizio di un'attività economica". Tali legami, afferma la Corte, presuppongono, peraltro, che le azioni in possesso dell'investitore attribuiscano a quest'ultimo la possibilità di "partecipare effettivamente alla gestione della società o al suo controllo"[97].

Sempre in *Commissione* c. *Italia* del 2009, è affermato che l'indagine deve vertere sia sulle norme sullo stabilimento che sulle norme in materia di capitali quando la disciplina nazionale non riguardi le sole partecipazioni azionarie tali da conferire una sicura influenza sulle decisioni di una società e da consentire di indirizzarne le attività, ma si applichi "indipendentemente dall'entità della partecipazione detenuta da un azionista nella società"[98]. È il caso, ad esempio, dei poteri di opposizione, previsti nell'articolo 2, comma 1, del decreto legge n. 332/1994, convertito con modifiche dalla legge n. 474 del 30 luglio 1994, abrogato a seguito della legge, già citata, n. 56 dell'11 maggio 2012, oggetto d'esame in *Commissione* c. *Italia* del 2009, in relazione sia all'assunzione, da parte degli investitori, di partecipazioni azionarie sia alla conclusione di intese tra azionisti che rappresentino entrambe (partecipazioni e intese) almeno il 5% dei diritti di voto oppure, eventualmente, una

[94] *Ibidem*, punto 34.

[95] Tra le quali: lo scioglimento, il trasferimento dell'azienda, la fusione, la scissione, il cambiamento dell'oggetto sociale, il trasferimento della sede all'estero e le modifiche statutarie.

[96] Cfr. il punto 39 della sentenza *Commissione* c. *Italia* del 2009.

[97] Cfr. il punto 35 della sentenza *Commissione* c. *Italia* del 2009, già citata.

[98] *Ibidem*, punto 36.

percentuale minore fissata dal Ministero dell'economia e delle finanze. Ad avviso dei giudici, l'articolo 63 potrà trovare applicazione qualora dette percentuali permettano agli interessati di partecipare effettivamente alla gestione di una determinata società senza però fornire loro significativi poteri di controllo e influenza; l'articolo 49, al contrario, sarà applicabile in presenza delle medesime percentuali nel caso in cui si tratti di un azionariato diffuso e frammentato oppure qualora le partecipazioni eccedano le percentuali minime: in entrambe le situazioni, infatti, le limitazioni imposte dallo Stato colpiscono gli azionisti capaci di esercitare una sicura influenza sulla gestione della società e di indirizzare le attività[99].

Più recentemente, i giudici di Lussemburgo, sulla base anche delle conclusioni di avvocati generali diversi (Mengozzi e Villalón) dagli avvocati generali (Colomer e Maduro) precedentemente investiti della questione, adottano un approccio opposto rispetto a quello elaborato in *Commissione* c. *Italia* del 2009, operando in questo modo un *revirement* ulteriore e, in questo senso, un ritorno alle origini della loro giurisprudenza. Ci si riferisce alle due sentenze contro il Portogallo, la prima del luglio 2010 e la seconda del novembre 2011, relative ad una serie di azioni privilegiate detenute dallo Stato portoghese, rispettivamente, nella società Portugal Telecom SGPS SA e nella società Galp Energia SGPS SA, riguardanti, quanto alla prima, l'approvazione di un numero significativo di importanti decisioni in ordine all'acquisizione di partecipazioni superiori al 10% del capitale sociale della società e alla gestione di quest'ultima, quanto alla seconda, i poteri di veto e di nomina del Presidente del consiglio di amministrazione della società.

Ebbene, con riferimento a poteri molto simili (*Commissione* c. *Portogallo* del 2010) o equivalenti (*Commissione* c. *Portogallo* del 2011) a quelli riconosciuti nell'ordinamento italiano – prima dell'entrata in vigore della legge n. 56 del 2012 – oggetto della sentenza del 2009, la Corte, prescindendo completamente da quest'ultima pronuncia nella sentenza del 2010[100] ovvero ribadendo, sul piano teorico, la dicotomia capitali/stabilimento nella sentenza del 2011[101], in concreto, ragionano esclusivamente sugli articoli 63 e seguenti, configurando la violazione del diritto di stabilimento, a loro avviso, solamente "la conseguenza diretta degli ostacoli alla libera circolazione dei capitali".

[99] *Ibidem*, punto 38.

[100] Cfr. i punti 58, 62, 79-80 della sentenza *Commissione* c. *Portogallo* del luglio 2010, già citata.

[101] Cfr. i punti 41-45, 54-59, 61 e 98 della sentenza *Commissione* c. *Portogallo* del 2011, già citata.

A tali pronunce segue, da ultimo, la sentenza *Commissione* c. *Grecia* del novembre 2012, nella quale la Corte, con riguardo ad un regime di autorizzazione preliminare avente per oggetto solamente l'acquisizione di partecipazioni in una società anonima strategica che conferisce diritti di voto che rappresentano oltre il 20% del capitale sociale totale, chiarisce che, in una situazione di questo tipo, sarebbero interessati solamente gli azionisti capaci di esercitare una sicura influenza sulla gestione e il controllo di tale società, nell'ottica del "criterio *Baars*". Da qui, rileva la Corte, la necessità di ragionare sul solo articolo 49, non giustificandosi in alcun modo un esame autonomo alla luce dell'articolo 63[102]. I giudici, pertanto, operano un ennesimo (re)*revirement*, in linea con l'impostazione delineata in *Commissione* c. *Italia* del 2009.

Come si evince da questo breve *excursus* manca un'impostazione univoca in merito al duplice tema del fondamento normativo e dei rapporti tra libera circolazione dei capitali e diritto di stabilimento nell'ambito delle *golden shares*. Esiste, dunque, una certa incoerenza[103] la quale rischia di produrre conseguenze gravi sul piano della relazione con gli investitori di paesi terzi e dell'azionabilità, da parte di questi ultimi, di diritti connaturati alle libertà economiche fondamentali.

La poca chiarezza sul punto è testimoniata altresì dagli atteggiamenti contraddittori, in una materia vicina seppure diversa come quella fiscale, emersi in seno agli organi giurisdizionali nazionali in ordine alla possibilità per gli investitori extra-UE di fondarsi sull'articolo 63 al fine di contestare misure nazionali volte ad introdurre disparità di trattamento, sotto il profilo della tassazione dei dividendi finanziari, in ragione della provenienza (UE o extra-UE) degli investimenti. Come sottolineato in dottrina, infatti, mentre alcune corti[104] hanno ammesso l'applicazione dell'articolo 63, anche in relazione a normative nazionali applicabili al caso di investimenti significativi suscettibili, in quanto tali, di esercitare

[102] Cfr. i punti 24-25 e 30-31 della sentenza *Commissione* c. *Grecia*, già citata.

[103] Presumibilmente accentuata, come sottolineato da J. VAN BEKKUM, *The ECJ's Ruling Against the Golden Share in Portugal Telecom – What Went Wrong?*, consultabile *online* sul sito http://www.thedefiningtension.com/2010/07/no-139-the-ecjs-ruling-against-the-golden-share-in-portugal-telecom-what-went-wrong-at-the-court.html, dal fatto che le sezioni della Corte interessate dai ricorsi esperiti dalla Commissione in merito alle *golden shares* sono variate nel corso degli anni: in particolare, con riguardo alle pronunce più recenti, la grande sezione nella causa *Commissione* c. *Germania*, già citata, la sezione prima nei casi, già citati, *Commissione* c. *Spagna* del luglio 2008 e *Commissione* c. *Italia* del marzo 2009, la sezione terza nei casi, già citati, *Commissione* c. *Portogallo* del luglio 2010 e *Commissione* c. *Portogallo* del novembre 2011 e la sezione quarta nel caso, anch'esso già citato, *Commissione* c. *Grecia* del novembre 2012.

[104] Ad esempio, il *Bundesfinanzhof* tedesco con sentenza del 26 novembre 2008, T 7-08.

una sicura influenza sulla società, nell'ottica del diritto di stabilimento, altre[105] hanno adottato una posizione opposta, peraltro senza che, in un caso e nell'altro, i giudici competenti abbiano ritenuto necessario rinviare, ai sensi dell'articolo 267 TFUE[106], alla Corte di giustizia[107].

Per fornire risposte adeguate alle esigenze di certezza del diritto e coerenza complessiva del sistema che la giurisprudenza della Corte solleva, occorre domandarsi: se solamente una delle due normative (capitali o stabilimento) possa trovare applicazione ovvero se l'applicazione dell'una o dell'altra disciplina debba dipendere, caso per caso, dal tipo di *golden shares* detenute dallo Stato; se, in taluni casi, sia necessaria un'applicazione cumulativa, anziché alternativa, degli articoli 49 e 63 e seguenti. La questione è complicata da due circostanze: l'assenza, nel Trattato, di una definizione di "movimento di capitale"; l'impatto potenziale che la scelta del diritto che si ritiene applicabile (stabilimento e/o capitali) ha sul flusso di investimenti provenienti da paesi terzi e, conseguentemente, sui fattori di sviluppo e di crescita dell'economia europea.

Una definizione di massima di "movimento di capitale", assente, come si è già scritto, a livello di diritto primario, è contenuta nella giurisprudenza della Corte, nella quale è stato riconosciuto valore indicativo alla nomenclatura dei movimenti di capitali di cui all'allegato I della direttiva, già citata, n. 88/361/CEE del giugno 1988. In particolare, i giudici hanno più volte affermato che costituiscono movimenti di capitali sia gli investimenti diretti che gli investimenti di portafoglio[108], i primi sotto

[105] Cfr. la decisione del 26 settembre del 2008 dell'*Hoge Raad* olandese, BF2266, 43339.

[106] Su tale questione si veda M. O'BRIEN, *op. cit.*, pp. 257-258.

[107] Inoltre, allo stato attuale, esistono ancora dubbi circa la ricomprensione, nell'oggetto e nello scopo della normativa sullo stabilimento, di forme d'intervento dello Stato nella società ulteriori rispetto al potere di veto, alla nomina dei componenti degli organi sociali e al regime di autorizzazione preliminare relativo all'acquisizione di partecipazioni (tali da conferire diritti di voto) che rappresentano una significativa quota azionaria (e dunque suscettibili di conferire al loro detentore una sicura influenza sulle decisioni della società). Ad esempio, la possibilità per le autorità nazionali di detenere, sulla base di meccanismi di vario tipo, una minoranza di blocco in una determinata società, fatta rientrare dai giudici europei nell'orbita dell'articolo 63 (*Commissione* c. *Germania*), non sembra possa produrre effetti così diversi rispetto al potere di veto, ricondotto in qualche caso all'articolo 63 (*Commissione* c. *Portogallo* del 2010), in qualche altro all'articolo 49 (*Commissione* c. *Italia* del 2009); sull'argomento si vedano le considerazioni di M. O'BRIEN, *Case C-326/07,* Commission of the European Communities *v.* Italian Republic*, Judgment of the Court of Justice (Third Chamber) of 26 March 2009, not yet reported*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 256.

[108] Differentemente da quanto osservato da parte della dottrina (P. CARO DE SOUSA, *Case Comment: Case C-244/11 Commission v Greece*, consultabile *online* sul sito http://eutopialaw.com/2012/11/20/case-comment-case-c-24411-commission-v-greece/) nella giurisprudenza della Corte non è stato affermato che gli investimenti diretti rientra-

forma di partecipazioni azionarie funzionali alla gestione e al controllo di una società, i secondi sotto forma di acquisto di titoli sul mercato dei capitali effettuato al solo fine di realizzare un investimento finanziario, senza intenzione di influenzare una tale gestione e controllo[109].

Ora, posto che non vi è dubbio circa la qualificazione dell'investimento di portafoglio come movimento di capitale, il vero problema riguarda la nozione di investimento diretto, messa a confronto con quella di stabilimento. In particolare, sembra che l'andamento altalenante della giurisprudenza dipenda proprio dal labile confine che esiste tra questi due concetti. In particolare, non è chiaro in cosa si differenzi l'investimento diretto, volto ad "instaurare o mantenere legami economici durevoli" con la società e che comporta "*at least participation in* the control of the entity subject of the investment"[110], rientrante, ad avviso della Corte, nello scopo dell'articolo 63, dalle transazioni da questa ricondotte, in parte della sua giurisprudenza, all'articolo 49, sulla base del già richiamato "criterio *Baars*"[111]. Detto in altri termini, non si capisce perché l'investimento diretto, definito dalla stessa direttiva n. 88/361/CEE, nell'allegato I, come la "costituzione [in inglese *establishment*, ndr] ed estensione di succursali o di imprese nuove appartenenti esclusivamente al finanziatore" e "l'acquisto integrale di imprese già esistenti"[112], non possa essere fatto rientrare nello scopo *ratione materiae* dell'articolo 49[113].

Tranne nel caso degli investimenti di portafoglio (o di misure nazio-

no nella normativa sullo stabilimento mentre quelli di portafoglio nella normativa sui capitali; sulle caratteristiche di queste due tipologie di investimento dal punto di vista del diritto internazionale dell'economia si veda P. PICONE, G. SACERDOTI, *Diritto internazionale dell'economia*[4], Milano, 1994, pp. 781-783.

[109] Cfr. il punto 49 della sentenza *Commissione* c. *Germania*, già citata.

[110] Così F. BENYON, *Direct Investment, National Champions and EU Treaty Freedoms. From Maastricht to Lisbon*, Oxford-Portland, 2010, p. 1; sugli investimenti diretti nel quadro della libera circolazione dei capitali si veda, per tutti, S. HINDELANG, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment. The Scope of Protection in EU Law*, Oxford, 2009.

[111] L'applicazione del criterio, peraltro, è discontinua; in argomento J. RICKFORD, *Protectionism*, cit., pp. 84, 89-91, osserva, da un lato, che detto criterio consta di due parti – dal momento che deve trattarsi non solo di partecipazioni azionarie tali da conferire una sicura influenza sulle decisioni di una società ma anche capaci di indirizzarne le attività –, la seconda, però, ridondante o comunque assorbita nella prima e, dall'altro, che il riferimento alla seconda parte non è sempre presente nella giurisprudenza.

[112] Oltre che quale "partecipazione ad imprese nuove o esistenti al fine di stabilire o mantenere legali economici durevoli".

[113] Per osservazioni simili svolte con riguardo al regime giuridico degli investimenti esteri nel diritto internazionale (giurisprudenza ICSID inclusa) si veda M. R. MAURO, voce *Investimenti esteri*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, 2011, pp. 643-647.

nali applicabili indipendentemente dall'entità della partecipazione detenuta da un azionista nella società), che sono soggetti alla normativa sulla libera circolazione dei capitali, in tutti gli altri casi le norme che, *stricto iure*, si prestano, per loro natura, ad applicarsi alle *golden shares*, sono gli articoli 49 e seguenti[114]. Ciò – va ribadito – si desume da un'interpretazione strettamente giuridica e mirata della nozione di investimento estero diretto. Tuttavia, sulla base di un'interpretazione sistematica del diritto UE, tenuto conto altresì delle implicazioni economiche e, in senso lato, politiche derivanti dalla prospettata qualificazione giuridica di investimento diretto ai sensi, non già dell'articolo 63, ma dell'articolo 49, è possibile spiegare la ritrosia della Corte ad applicare la normativa sullo stabilimento a tutte le ipotesi di investimenti diretti provenienti da paesi terzi. L'impatto sul flusso di investimenti e dunque sulla crescita e la competitività del mercato europeo scaturente dall'applicazione del solo articolo 49 sarebbe, infatti, potenzialmente dirompente perché, appunto, impedirebbe l'afflusso di transazioni commerciali da investitori extra-UE, impossibilitati ad azionare i diritti di libera circolazione, loro riconosciuti ai sensi dell'articolo 63 ma non dell'articolo 49. Da qui la tensione, che traspare dalla giurisprudenza UE, tra le considerazioni strettamente giuridiche mirate a definire la nozione di investimento diretto – che dovrebbero presumibilmente indurre la Corte ad abbandonare la distinzione tra investimento diretto (coperto dall'articolo 63) e investimento rispondente ai presupposti di attuazione del criterio *Baars* (riconducibile all'articolo 49) – e le considerazioni, di ordine economico e politico oltre che giuridico, sull'impianto complessivo dei trattati. Peraltro, l'eventuale applicazione delle norme sullo stabilimento agli investimenti diretti extra-UE rischierebbe di porsi in conflitto con gli accordi internazionali stipulati dall'Unione con Stati terzi[115], nel quadro della competenza esclusiva in questa materia accordatale dal Trattato di Lisbona sulla base del combinato disposto degli articoli 206[116] e 207, par. 1[117] con

[114] Non solo quando si tratti di potere di veto, nomina di membri del consiglio di amministrazione o di autorizzazioni concernenti l'acquisizione di partecipazioni azionarie significative (tenuto conto, come si è visto, del carattere più o meno diffuso dell'azionariato della società); in questo senso J. RICKFORD, *Protectionism*, cit., pp. 91-93 e R. TORRENT, R. TORRENT, *Pourquoi un revirement de la jrisprudence "*golden share*" de la Cour de justice de l'Union eropéenne est-il indispensabile?*, in AA.VV., *A Man for All Treaties. Liber Amicorum en l'honneur de Jean-Claude Piris*, Bruxelles, 2012, pp. 548-560.

[115] Vedi anche il contributo di F. MARRELLA in questo volume.

[116] "L'Unione, tramite l'istituzione di un'unione doganale in conformità degli articoli da 28 a 32, contribuisce nell'interesse comune allo sviluppo armonioso del commercio mondiale, alla graduale soppressione delle restrizioni agli scambi internazionali e agli investimenti esteri diretti, e alla riduzione delle barriere doganali e di altro tipo".

l'articolo 3[118] TFUE, laddove sia consentito, negli accordi medesimi, l'ingresso di detti investimenti nel mercato interno europeo[119].

Quanto scritto consente di affermare che, tutto sommato, la soluzione preferibile, allo stato attuale, nonostante i limiti giuridici sopra riscontrati, è quella formulata dalla Corte in *Commissione* c. *Italia* e nella recente sentenza *Commissione* c. *Grecia*, volta a trovare un ambito di intervento specifico sia alle norme sui capitali che a quelle sullo stabilimento. Con una precisazione però: nel caso in cui la disciplina nazionale non riguardi le sole partecipazioni azionarie tali da conferire una sicura influenza sulle decisioni di una società e quindi qualora trovino applicazione sia gli articoli 49 e seguenti che gli articoli 63 e seguenti, sembra che, in ordine agli investimenti effettuati da soggetti extra-UE, debba prevalere l'articolo 49. Ad una tale conclusione si perviene sulla base dell'articolo 65, par. 2[120], laddove è stabilito che "[l]e disposizioni del presente capo [sui capitali e i pagamenti, ndr] non pregiudicano l'applicabilità di restrizioni in materia di diritto di stabilimento compatibili con i trattati". Dall'interpretazione della norma si evince, infatti, che la legittimità delle restrizioni alle libertà di stabilimento non può essere messa in discussione – nel rispetto, s'intende, delle condizioni previste dall'articolo 65, par. 3[121] – dalla maggiore ampiezza del campo di applicazione degli articoli 63 e seguenti rispetto agli articoli 49 e seguenti[122]. Quanto poi alla nozione di "restrizione allo stabilimento" accolta dall'articolo 65, par. 2, non c'è dubbio che essa si riferisca anche ai rapporti con investitori di paesi terzi: se si ritenesse che la norma riguardi

[117] "La politica commerciale comune è fondata su principi uniformi, in particolare per quanto concerne le modificazioni tariffarie, la conclusione di accordi tariffari e commerciali relativi agli scambi di merci e servizi, e gli aspetti commerciali della proprietà intellettuale, gli investimenti esteri diretti, l'uniformazione delle misure di liberalizzazione, la politica di esportazione e le misure di protezione commerciale, tra cui quelle da adottarsi nei casi di dumping e di sovvenzioni. La politica commerciale comune è condotta nel quadro dei principi e obiettivi dell'azione esterna dell'Unione".

[118] L'articolo 3, par. 1, lett. e), prevede che l'Unione ha competenza esclusiva nel settore della politica commerciale comune.

[119] Sull'Unione europea e il trattamento degli investimenti esteri si vedano M. R. MAURO, *Accordi internazionali sugli investimenti e Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 403 ss., in specie pp. 421-424; A. DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, Oxford, 2011; i contributi in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HINDELANG (eds.), *International Investment Law and EU Law*, in *European Yearbook of International Economic Law. Special Issue*, 2011.

[120] A questo proposito *Ibidem*, pp. 556-557.

[121] In base al quale "[l]e misure e le procedure di cui ai paragrafi 1 e 2 non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali e dei pagamenti di cui all'articolo 63".

[122] *Contra* H. SCHWEITZER, *op. cit.*, p. 105.

esclusivamente gli investitori UE, si arriverebbe all'irragionevole conclusione secondo la quale essa assicurerebbe maggiore autonomia agli Stati membri nell'adottare misure restrittive nei confronti di operatori provenienti da altri Stati membri piuttosto che nei confronti di investitori di paesi terzi[123].

Ben si comprende come il problema della scelta del diritto applicabile e, di riflesso, della legittimità di un divieto imposto agli investitori extra-UE di acquisire azioni (ed effettuare "scalate") nel capitale di società UE ex pubbliche, si ponga, con sempre maggiore urgenza, per i fondi sovrani e per tutte le altre tipologie di operatori economici riconducibili, per organizzazione, funzioni e/o finalità, a Stati terzi. In dottrina, infatti, si sottolinea che l'applicazione generalizzata delle norme sullo stabilimento in materia di *golden shares* avrebbe il vantaggio di eliminare in radice i motivi di preoccupazione scaturenti dalla proliferazione di tali soggetti nel mercato europeo[124], tra cui: una *governance* poco trasparente, il legame con paesi non sempre democratici, il possibile perseguimento di obiettivi di carattere politico e di accesso ad informazioni riservate e/o a tecnologie avanzate nonché a risorse naturali (in particolare energetiche) grazie al potere di influenza di tali operatori su "società che operano in settori strategici e d'interesse generale e/o che gestiscono canali di distribuzione che presentano un interesse per i paesi finanziatori dei fondi"[125].

Lasciando da parte l'ovvia considerazione che i nuovi attori economico-finanziari apparsi sulla scena internazionale, oltre a rappresentare pericoli per l'Unione, costituiscono anche importanti opportunità di cre-

[123] Su questo punto specifico si veda J. RICKFORD, *Protectionism*, cit., p. 93.

[124] Si vedano, *inter alia*, K. BARYSCH, S. TILFORD, P. WHYTE, *State, Money and Rules: An EU policy for Sovereign Investments*, 2008, consultabile sul sito online http://www.cer.org.uk/pdf/pr_swf_dec08.pdf; R. AVENDAÑO, J. SANTISO, *Are Sovereign Wealth Funds' investments politically biased? A comparison with mutual funds*, 2009, consultabile sul sito *online* http://www.oecdilibrary.org/docserver/download/5kmn1b9sk3nv.pdf?expires=1360516826&id=id&accname=guest&checksum=C170BF52CBDFC89A716F7749119F8254; P. GUGLER, J. CHAISSE, *Sovereign Wealth Funds in the European Union. General trust despite concerns*, 2009, consultabile *online* sul sito http://www.astrid-online.it/Dossier--d1/Studi--ric/Archivio-21/NCCR_WP_4-2009.pdf; A. GIGANTE, A. LIGUSTRO, *op. cit.*, pp. 1187-1189; S. M. CARBONE, *Investimenti pubblici esteri e libera circolazione dei capitali*, in A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia.* Liber Amicorum *in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011, pp. 642-646; S M. CARBONE, *"*Golden Share*" e fondi sovrani*, cit., pp. 340-342; F. BASSAN, *Host States and Sovereign Wealth Funds, between National Security and International Law*, in *European Business Law Review*, 2010, p. 165 ss.; R. TORRENT, *op. cit.*, p. 558.

[125] Cfr. il punto 2.2 della comunicazione, del 28 febbraio 2008, "Un approccio comune europeo ai fondi sovrani" (COM/2008/115/def.).

scita economica[126], va chiarito che una complessiva rivitalizzazione delle norme sullo stabilimento non sarebbe comunque in grado di risolvere tutti i problemi connessi alla penetrazione, nel mercato interno dell'Unione, di investitori extra-UE malvoluti dai governi europei. Infatti, ad oggi, né il diritto derivato né la giurisprudenza impediscono che, ai sensi dell'articolo 54 TFUE[127], persone fisiche o giuridiche extra-UE costituiscano società, conformemente alla legislazione di uno Stato membro, stabilendo la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione – e venire in questo modo equiparate alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri – al fine di azionare i diritti derivanti dagli articoli 49 e seguenti[128]. In un caso come questo, ci si potrebbe domandare se e sulla base di quali condizioni, trattandosi di un'ipotesi di circonvenzione dei divieti previsti dal diritto UE, possa operare il principio dell'abuso del diritto[129]. Come in tutte le ipotesi di elusione, la domanda che occorre porsi è dove vada tracciato il confine tra uso indiretto, ma legittimo, del diritto di stabilimento, e il suo deliberato aggiramento, incompatibile con i principi e le regole dell'Unione.

In conclusione, al fine di dirimere i dubbi sopra esposti e garantire maggiore certezza del diritto, pare auspicabile che la Corte, sul piano giurisprudenziale, la Commissione, attraverso un atto di *soft law*, e/o il Parlamento e il Consiglio, con una misura vincolante, per un verso, chiariscano, una volta per tutte, quale sia la base giuridica applicabile alle diverse categorie di *golden shares* e, per l'altro, si pronuncino – in particolare Commissione, Parlamento e Consiglio – circa la possibile previsione

[126] Sui fondi sovrani, dal punto di vista economico, si vedano A. QUADRO CURZIO, V. MICELI, *Sovereign Wealth Funds. A complete guide to state-owned investments funds*, Petersfield, 2010 e P. SAVONA, P. REGOLA, *Il ritorno dello Stato padrone. I Fondi sovrani e il grande negoziato globale*, Soveria Mannelli, 2009.

[127] "Le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione, sono equiparate, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente capo [sui capitali e i pagamenti, ndr.], alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri".

[128] In proposito si vedano J. VAN BEKKUM, *Golden Shares: A New Approach*, in *European Company Law*, 2010, p. 13 ss.; H. SCHWEITZER, *op. cit.*, p. 105.

[129] Sulle molteplici dimensioni dell'abuso del diritto nell'ordinamento dell'Unione si vedano, recentemente, tra gli altri, R. DE LA FEIRA, , S. VOGENAUER (eds.), *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, Oxford, 2011; F. LOSURDO, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo: storia e giurisprudenza*, Torino, 2011; M. PANDIMIGLIO, *L'abuso del diritto nei trattati di Nizza e Lisbona*, in *Contratto e impresa*, XXVII, n. 4-5, 2011, p. 1076 ss.; L. CERIONI, *The "abuse of rights" in EU company law and EU tax law: a re-reading of the ECJ case law and the quest for a unitary notion*, in *European Business Law Review*, 2006, p. 783 ss.

di una "*golden share* europea"[130], da fondarsi eventualmente sull'articolo 64, paragrafi 2 e/o 3[131]. Nel farlo, dovrebbero evidentemente porsi il problema di uniformare e ricondurre a sintesi quanto già abbozzato nel diritto derivato settoriale in materia di energia elettrica, gas e trasporto aereo in merito a estensione e limiti dei poteri d'intervento degli Stati membri nei confronti degli investitori extra-UE[132]. Un atto di diritto derivato, una netta presa di posizione della Commissione per mezzo di una comunicazione oppure una sentenza della Corte potrebbero evitare che gli Stati membri[133], nell'adottare normative essenzialmente finalizzate a colpire gli investimenti provenienti da paesi terzi, in particolare da fondi sovrani e *state owned enterprises*, in concreto, producano effetti protezionistici[134] anche nei confronti degli investitori provenienti da altri Stati membri[135].

[130] Sulla questione si veda S M. CARBONE, *"*Golden Share*" e fondi sovrani*, cit., pp. 346-347.

[131] Il paragrafo 2 stabilisce che "[n]ell'ambito degli sforzi volti a conseguire, nella maggior misura possibile e senza pregiudicare gli altri capi dei trattati, l'obiettivo della libera circolazione di capitali tra Stati membri e paesi terzi, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure concernenti i movimenti di capitali provenienti da paesi terzi o ad essi diretti, in relazione a investimenti diretti, inclusi gli investimenti in proprietà immobiliari, lo stabilimento, la prestazione di servizi finanziari o l'ammissione di valori mobiliari nei mercati finanziari". Il paragrafo 3 prevede che, in deroga agli obiettivi di libera circolazione dei capitali di cui al paragrafo 2 dell'articolo 64, "il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale, all'unanimità e previa consultazione del Parlamento europeo, può adottare misure che comportino un regresso del diritto dell'Unione per quanto riguarda la liberalizzazione dei movimenti di capitali diretti in paesi terzi o provenienti da essi".

[132] Cfr. l'articolo 11 delle direttive n. 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE (GUUE L 211 del 14 agosto 2009, p. 55) e 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 2003/55/CE (GUUE L 211 del 14.8.2009, p. 94) e l'articolo 4 del regolamento (CEE) n. 2407/92 del Consiglio, del 23 luglio 1992 (GUCE L 240 del 24 agosto 1992, p. 1); sul punto si veda R. TORRENT, *op. cit.*, pp. 558-561. Sul mercato UE del gas naturale, studiato anche alla luce del diritto del commercio internazionale e del diritto internazionale degli investimenti, si veda, per tutti, M. T. MOSCHETTA, *Il mercato comunitario del gas naturale. Investimenti esteri diretti e diritto internazionale*, Milano, 2009.

[133] Per un'analisi comparata dei vari ordinamenti nazionali, incluso quello italiano, in merito alla regolazione dei fondi sovrani, si vedano F. BASSAN, *The Law*, cit., pp. 68-76.

[134] L'intenzione di colpire essenzialmente gli investitori extra-UE piuttosto che gli investitori UE è resa palese dal governo portoghese nella causa *Commissione* c. *Portogallo* del 2011, già citata, e da quello greco in *Commissione* c. *Grecia*, anch'essa già citata, come chiarito dalla Corte, rispettivamente, nei punti 84-85 e 26-28 delle sue sentenze.

[135] In proposito, sembra altresì auspicabile che le istituzioni UE chiariscano a monte se l'inserimento, da parte dei vari legislatori nazionali, di norme discriminatorie nei confronti dei soli investitori extra-UE, quanto alle condizioni di accesso ai loro mercati, in

5. Logica "sostanzialista", criterio funzionale ed efficacia diretta orizzontale delle norme sulle libertà di circolazione: imprese privat(izzat)e, influenza pubblica e nuove forme di protezionismo economico

Come è stato ricordato più volte, le *golden shares* detenute dallo Stato, essendo previste negli statuti delle società, hanno origine e natura privatistica. In alcuni casi, peraltro, esse sono state introdotte a seguito di una legge di privatizzazione, mentre in altri sono state inserite direttamente dall'assemblea dei soci senza precedenti interventi formali ad opera delle autorità nazionali.

In tale contesto, la Corte, nella sua giurisprudenza sulle *golden shares*, nel condannare i vari Stati membri[136] in base alle norme sulle libertà di circolazione, *de facto*, conferma, in linea soprattutto con l'impostazione[137] elaborata in *Viking* e *Laval*[138] e la contestuale *publicisation*[139] degli articoli

settori cruciali per l'economia degli Stati membri, non vada incontro alla violazione del principio di pari trattamento tra azionisti, sancito, ad esempio, nell'articolo 3 della direttiva n. 2004/25/CE sulle offerte pubbliche di acquisto, già citata, e/o alla logica sostanzialista e funzionale che orienta la giurisprudenza della Corte, in base alla quale è fatto divieto di discriminare un operatore economico semplicemente in base alla nazionalità, a prescindere dall'esistenza di valide considerazioni di interesse pubblico. L'articolo 3 dispone che "[a]i fini dell'attuazione della presente direttiva, gli Stati membri provvedono a che siano applicati i seguenti principi: a) tutti i possessori di titoli di una società emittente della stessa categoria devono beneficiare di un trattamento equivalente; inoltre, se una persona acquisisce il controllo di una società, gli altri possessori di titoli devono essere tutelati".

[136] Come si è già visto, in tutte le cause, tranne *Commissione* c. *Belgio*, già citata.

[137] Cfr. altresì le seguenti pronunce: *Walrave* del 12 dicembre 1974, causa 36/74, *Raccolta*, p. 1405, punti 16-17; *Donà* del 14 luglio 1976, causa 13/76, *Raccolta*, p. 1333, punti 17-18; *Bosman* del 15 dicembre 1995, causa C-265/95, *Raccolta*, p. 6959, punto 83; *Deliège* dell'11 aprile 2000, cause riunite C-51/96 e 191/97, *Raccolta*, p. 2549, punto 47; *Lehtnonen* del 13 aprile 2000, causa C-176/96, *Raccolta*, p. 2681, punto 35; *Angonese* del 6 giugno 2000 causa C-281/98, *Raccolta*, p. 4139, punto 31; *Ferlini* del 3 ottobre 2000, causa C-411/98, *Raccolta*, p. 8081, punto 8; *Wouters* del 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *Raccolta*, p. 1577, punti 118-121.

[138] Cfr., rispettivamente, la sentenza dell'11 dicembre 2007, causa C-438/05, *Raccolta*, p. I-10779, punti 37, 57 e 61, e quella del 18 dicembre 2007, causa C-41/05, *Raccolta*, p. I-11767, punto 98.

[139] Impiegano i termini "publicisation" e "privatisation", associati, rispettivamente, alle norme sulla concorrenza e a quelle sulle libertà di circolazione, M. WAELBROECK, *Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE*, in F. CAPOTORTI, C.-D. EHLERMANN, J. A. FROWEIN (sous la direction de), *Du droit international au droit de l'intégration – Liber Amicorum Pescatore*, Baden-Baden, 1987, p. 781 ss. e R. LANE, *The internal market and the individual*, in N. N. SHUIBHNE (ed. by), *Regulating the Internal Market*, Cheltenham, 2006, p. 245 ss., in specie pp. 254 e 257.

101 e seguenti TFUE[140], che la distinzione tra libertà fondamentali, indirizzate agli Stati, e diritto *antitrust*, indirizzato agli individui[141], non costituisce più, come un tempo, un principio assoluto del diritto UE[142]. La giurisprudenza sulle *golden shares*[143] si inserisce cioè nella tendenza della Corte a pervenire ad interpretazioni innovative attraverso le quali i giudici, cogliendo la complementarietà intrinseca tra regole sulla concorrenza e regole sulle libertà[144], hanno esteso l'applicazione delle prime a

[140] Cfr., ad esempio, le seguenti pronunce: *INNO c. ATAB* del 16 novembre 1977, causa 13/77, *Raccolta*, p. 2115, punto 35; *Leclerc* del 10 gennaio 1985, causa 229/83, *Raccolta*, p. 1, punti 14-15; *B Van Eycke* del 21 settembre 1988, causa 267/86, *Raccolta*, p. 4769, punto 16; *Meng* del 17 novembre 1993, causa C-2/91, *Raccolta*, p. I-5751, punti 15-22; *Ohra* del 17 novembre 1993, causa C-245/91, *Raccolta*, p. I-5851, punti 11-15; *Consiglio nazionale degli spedizionieri doganali* del 18 giugno 1998, causa C-35/96, *Raccolta*, p. I-3851, punti 51-60; *Arduino* del 19 febbraio 2002, causa C-35/99, *Raccolta*, p. I-1529, punti 36-44; *CIF* del 9 settembre 2003, causa C-198/01, *Raccolta*, p. I-8055, punti 46-59; *Mauri* del 17 febbraio 2005, causa C-250/03, *Raccolta*, p. I-1267, punti 48-54; *Cipolla* del 5 dicembre 2006, causa C-94/04, *Raccolta*, p. I-11421, punti 31-37.

[141] Sul tema si vedano K. MORTELMANS, *Towards Convergence in the Application of the Rules on Free Movement and on Competition?*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 613 ss.; S. VAN DEN BOGAERT, *Horizontality: The Court Attacks?*, in C. BARNARD, J. SCOTT (eds.), *The Law of the Single Market – Unpacking the Premises*, Oxford, 2002, p. 123 ss.; J. TEMPLE LANG, *Privatisation of Social Welfare: European Union Competition Law Rules*, in M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *Social Welfare and EU law*, Oxford, 2005, p. 45 ss.; R. LANE, *The internal market and the individual*, in N. N. SHUIBHNE (ed. by), *Regulating the Internal Market*, Cheltenham, 2006, p. 245 ss.; M. POIARES MADURO, *L'État-caméléon. Formes publique et privée de l'Homo Economicus*, in *Mélanges en l'honneur de Philippe Léger. Le droit à la mesure de l'homme*, Paris, 2006, p. 79 ss.; E. J. LOHSE, *Fundamental Freedoms and Private Actors – towards an 'Indirect Horizontal Effect'*, in *European Public Law*, 2007, p. 159; i contributi di L. AZOULAI, *Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européen*, p. 842 ss., O. ODUDU, *The public/private distinction in EU Internal Market Law*, p. 826 ss. e S. ROBIN-OLIVIER, *Revisiter la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne. Une invitation au débat*, p. 823 ss., tutti raccolti in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010.

[142] Tra le opere a carattere monografico si vedano, in particolare, J. BAQUERO CRUZ, *Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community*, Oxford, 2002; O. ODUDU, *The Boundaries of EC Competition Law. The Scope of Article 81*, Oxford, 2006; E. SZYSZCZAK, *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Oxford-Portland, 2007; W. SAUTER, H. SCHEPEL, *State and Market in European Union Law. The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge, 2009; sui rischi di una piena convergenza tra libertà e concorrenza, dal punto di vista del loro campo di applicazione *ratione personae*, si veda D. GALLO, *op. cit.*, pp. 77-86.

[143] A titolo orientativo, cfr. le sentenze, già citate, *Commissione* c. *Germania*, punti 26-29 e *Commissione* c. *Portogallo* del 2010, punti 41-43.

[144] È peraltro molto comune che restrizioni della concorrenza producano restrizioni delle libertà di circolazione e viceversa, come chiarisce la Corte nella sentenza *INNO c. ATAB*, punto 35, già citata: "[i]n ogni caso un provvedimento nazionale che finisca col facilitare uno sfruttamento abusivo di posizione dominante atto a pregiudicare il com-

soggetti pubblici e delle seconde ad operatori privati, mettendo in crisi in questo modo l'assunto[145] secondo cui il diritto della concorrenza regolerebbe sempre interessi di carattere privato, in quanto rivolto solamente alle imprese, e la disciplina sulle libertà, al contrario, riguarderebbe sempre interessi collettivi, trovando applicazione solamente nei confronti delle autorità statali. Un tale (ri)avvicinamento tra norme[146] trova giustificazione nell'obiettivo perseguito dai giudici di escludere che determinate attività possano godere di un trattamento di favore (solamente) in ragione della natura giuridica del soggetto incaricato di svolgerle[147].

Con riferimento particolare alle norme sulle libertà, la Corte, dunque, sembra oramai riconoscere che esse possono produrre effetti diretti anche nei rapporti orizzontali in una serie sempre più numerosa di situazioni[148]. Il risultato è l'estensione dell'originario ambito di applicazione *ratione personae* della normativa sulle libertà, così da "catturare" situazioni altrimenti naturalmente escluse dall'orbita dei trattati, e trasferire, in questo modo, sul piano giuridico, le trasformazioni socio-economiche prodotte dai processi di privatizzazione e liberalizzazione di servizi originariamente erogati da *public utilities*.

Ora, il riconoscimento dell'efficacia diretta orizzontale in materia di *golden shares* deve essere messo in relazione con il principio di autonomia privata e con l'affermarsi e consolidarsi di nuove forme di protezionismo economico, di tipo regolatorio, stimolato, a vario titolo, dallo Stato, ma realizzato, concretamente e in termini operativi, dal privato, ossia dalle stesse società privatizzate. Insomma, la circostanza che i poteri speciali siano previsti negli statuti delle società, secondo la Corte, non è

mercio intracomunitario sarà di regola incompatibile con gli articoli 30 e 34 [attuali 34 e 35], che vietano le restrizioni quantitative all'importazione e all'esportazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente".

[145] L'esistenza di un tale assunto è resa particolarmente chiara, sul versante della concorrenza, nel punto 9 delle conclusioni del 10 novembre 1993, rese dall'Avvocato generale Tesauro nel caso *Eurocontrol* del 19 gennaio 1994, causa C-364/92, *Raccolta*, p. I-63; sul versante delle libertà fondamentali, nel punto II delle conclusioni del 28 maggio 1974, rese dall'Avvocato Mayras nel caso *Reyners* del 21 giugno 1974, causa 2/74, *Raccolta*, p. 631.

[146] Al riguardo, O. ODUDU, *The public/private distinction*, p. 835, suggestivamente osserva che "what now emerges is an evolution from a public private divide *between* Treaty provisions to a public private divide *within* Treaty provisions" (corsivi in originale).

[147] Come evidenzia ID., *The Boundaries*, cit., pp. 55-56.

[148] Sul riconoscimento dell'efficacia diretta quale strumento per il rafforzamento e il completamento del diritto del mercato unico si veda H. SCHEPEL, *Who's afraid of the total market? On the horizontal application of the free movement provisions in EU law*, in I. LIANOS, O. ODUDU (eds.), *Regulating Trade in Services in the EU and the WTO. Trust, Distrust and Economic Integration*, Cambridge, 2012, p. 301 ss.

sufficiente per negare la presenza camaleontica del pubblico[149], poco importa che lo Stato non abbia anticipato e introdotto detti poteri, a monte, nelle sue leggi di privatizzazione[150]. È sufficiente, quindi, che l'inserimento di poteri speciali nel diritto delle società ex pubbliche sia avvenuto con una qualche partecipazione oppure "su impulso" dello Stato, ad esempio[151] perché approvati, una volta previsti nei loro statuti, in termini derogatori rispetto al diritto societario, con una legge statale[152], oppure perché approvati dall'assemblea dei soci dopo essere stati definiti, sempre in chiave derogatoria, nella legislazione nazionale[153]. L'introduzione di clausole di favore per lo Stato può essere, pertanto, considerata legittima ai sensi dei trattati non solo se viene dimostrato che essa non è il risultato dell'esercizio di una potestà pubblica, ma anche quando può escludersi che vi sia stata, *ab origine*, una qualche pressione delle pubbliche autorità[154].

Da quanto scritto si evince che l'efficacia diretta orizzontale delle norme sulle libertà dipende dalla combinazione del principio dell'effetto utile con il criterio funzionale e la logica sostanzialista che hanno ispirato la Corte in molti settori del diritto dell'Unione. In particolare, effetto utile e criterio funzionale/sostanziale sono al centro soprattutto della giurisprudenza sulla nozione di economicità e sulla qualificazione di un soggetto come impresa ai sensi dei trattati[155], dal momento che, in tale giurisprudenza, la questione centrale "is not *who* is an undertaking but *what* is economic activity"[156]. La Corte ha in più occasioni osservato che, al riguardo, rilevano il dato concreto della produzione e dello scambio di beni e servizi nonché gli effetti prodotti da tale produzione e da detto

[149] Nell'icastica espressione di M. P. MADURO, *op. cit.*; si vedano, nello stesso senso, J. RICKFORD, *Free Movement of Capital and Protectionism. An Essay in Honour of Eddy Wymeersch*, in M. TISON, H. DE WULF, C. VAN DER ELST, R. STEENNOT, (eds.), *Perspectives in Company Law and Financial Regulation*, Cambridge, 2009, p. 61 ss.; A. DASHWOOD, M. DOUGAN, B. RODGER, E. SPAVENTA, D. WYATT, *op. cit.*, pp. 670-672.

[150] Come nei casi, già citati, del 2002, *Commissione* c. *Portogallo*, *Commissione* c. *Francia* e *Commissione* c. *Belgio*.

[151] Sulle diverse fattispecie previste negli ordinamenti nazionali si veda J. RICKFORD, *Protectionism*, cit., pp. 59-78.

[152] Come nel caso, già citato, *Commissione* c. *Regno Unito*.

[153] Come nel caso, già citato, *Federconsumatori*.

[154] Così G. SCARCHILLO, *op. cit.*, p. 697; sul punto si veda altresì G. PATTI, *I diritti speciali dello Stato tra libera circolazione dei capitali,* golden shares *e regole di diritto societario*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2011, pp. 541-549.

[155] Vedi altresì *supra*, § 3.

[156] O. ODUDU, *The Boundaries*, cit., p. 25 (corsivi in originale).

scambio sul mercato intracomunitario[157], mentre sono irrilevanti le caratteristiche del soggetto che esercita l'attività: lo *status* giuridico dell'ente, la sua organizzazione, le modalità di finanziamento e l'assenza del fine di lucro[158].

In materia di *golden shares*, *mutatis mutandis*, la Corte agisce allo stesso modo: sulla base di un criterio di tipo funzionale e oggettivo, la Corte assicura l'effetto utile ed espansivo delle norme UE[159] onde evitare che il rispetto dei trattati venga aggirato a causa di lacune che deriverebbero da una rigida applicazione del criterio istituzionale e dunque dall'efficacia diretta sempre e comunque verticale delle norme sulle libertà di circolazione[160].

La *ratio*, sia che ci si trovi nel quadro di un'analisi sulla nozione di economicità che nell'ambito delle *golden shares*, è la medesima, quella cioè di permettere alla Corte di cogliere mutamenti non più inquadrabili sulla base di una chiara distinzione tra sfera pubblica e privata. La differenza rispetto alla sua precedente giurisprudenza sta piuttosto nel fatto che, invece di adoperare una logica sostanzialista per comprendere quando un soggetto o un'attività vadano considerati, rispettivamente, impresa ovvero servizio di rilevanza economica, nell'ambito delle *golden shares* la Corte si ispira ad una tale logica per capire, all'opposto, se e quando la misura formalmente adottata dalla società sia riconducibile allo Stato. Peraltro, la conclusione cui sono pervenuti i giudici pare inevitabile se si confronta la giurisprudenza sui poteri speciali con le sentenze *Viking* e *Laval*: considerato che in questi due casi la Corte ha rilevato l'applicabilità delle norme sulle libertà di circolazione con riguardo al potere regolatorio esercitato autonomamente da un soggetto privato (sindacati), al di là cioè di un intervento, anche indiretto, dello Stato, una medesima conclusione deve valere *a fortiori* per le ipotesi di *golden shares* caratterizzate da una certa influenza dello Stato, più o meno diret-

[157] Secondo E. SZYSZCZAK, *Public Service Provision in Competitive Markets*, in *Yearbook of European Law*, 2001, p. 36, "a significant feature of the EC Treaty is that it is characterised by a marked lack of formalism. This has enabled the Court of Justice to employ a functional approach in interpreting the reach of Community law by focusing upon *effects on the market* rather than legal form" (corsivo in originale).

[158] L'espressione maggiormente significativa di questo approccio è contenuta, in particolare, nella sentenza *Höfner* del 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Raccolta*, p. I-1919, punto 21.

[159] Si veda anche il riferimento al principio di leale cooperazione di cui all'articolo 4.3 TUE operato da J. RICKFORD, *Protectionism*, cit., p. 77.

[160] Si vedano anche le riflessioni di S. M. CARBONE, *"*Golden Share*" e fondi sovrani*, cit., pp. 318-319.

ta, sulle società ex pubbliche, *longa manus*[161] delle autorità nazionali e dei loro poteri regolatori[162].

In un tale contesto, quando, ad avviso della Corte, la presenza dell'elemento regolatorio, di derivazione pubblicistica, è tale da produrre un'illegittima restrizione del mercato, in quanto tale, vietata ai sensi delle norme sulle libertà di circolazione? Il ragionamento della Corte è particolarmente chiaro sotto questo profilo: in tutti i casi nei quali la regolazione è guidata da principi di carattere generale, diversi da quelli, economici, della società ex pubblica, suscettibili di incidere sulle scelte di natura privatistica, orientate al perseguimento di finalità lucrative. Ben si comprende come un tale approccio renda sostanzialmente automatica la violazione del diritto dell'Unione, considerato che l'operazione di dissociare la regolazione dal perseguimento di finalità di carattere collettivo non immediatamente riconducibili a scopi educativi, è *per se* molto difficile, se non impossibile, specialmente quando si tratta di erogazione di servizi pubblici.

Sebbene la Corte non lo affermi espressamente, alla base di questa impostazione si pone la stessa logica che orienta la disciplina UE in materia di aiuti di Stato, con riguardo al ruolo e alla funzione del principio (astratto e comparativo) dell'investitore privato in un'economia di mercato[163]. In entrambi gli ambiti (*golden shares* e aiuti), infatti, il parametro per ritenere che l'intervento dello Stato, nelle sue due manifestazioni, sia legittimo è che lo Stato si comporti quale operatore di mercato. Detto principio, peraltro, nel settore dei servizi d'interesse economico generale – al centro, per quanto si è fin qui scritto, della concessione delle *golden*

[161] Per A. CATRICALÀ, *I succedanei dell'ente pubblico nell'epoca delle privatizzazioni*, in *Rivista trimestrale degli appalt*i, 2004, p. 44 ss., si tratta di società "succedanee" dello Stato; in un'ottica simile, di intervento "surrettizio" dello Stato parla C. GRAHAM, T. PROSSER, *Golden shares: Industrial Policy by Stealth?*, in *Public Law*, 1988, p. 413 ss.

[162] Al riguardo, sono particolarmente significative le conclusioni rese dall'Avvocato generale Maduro nelle conclusioni del 6 aprile 2006 nella causa, già citata, *Commissione* c. *Paesi Bassi*, secondo il quale "le norme del Trattato sulla libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali impongono obblighi alle autorità nazionali degli Stati membri, senza distinguere se tali autorità agiscano in qualità di autorità pubbliche o come soggetti di diritto privato" (punto 22), e quelle dell'Avvocato generale Mengozzi, rese il 2 dicembre 2009 nella causa *Commissione* c. *Portogallo* del 2010, dove è affermato che l'applicazione delle norme sulle libertà alle *golden shares* impedisce agli Stati "di sottrarsi all'applicazione delle disposizioni dell'art. [63 TFUE], per la sola ragione che non è lo 'Stato-legislatore', bensì lo 'Stato-azionista' ad avere creato le azioni privilegiate a seguito dell'autorizzazione concessa dallo Stato-legislatore!" (punto 61).

[163] Così A. BIONDI, *op. cit.*, pp. 99-102; sull'applicazione del principio nell'ordinamento dell'Unione si veda, per tutti, P. MENGOZZI, *Il principio dell'investitore in una economia di mercato e i valori del diritto comunitario*, in *Rivista di diritto europeo*, 1995, p. 19 ss.

shares[164] – è stato interpretato in maniera restrittiva quando la Corte ha dovuto ragionare sulla qualificazione, come aiuto, di compensazioni di obblighi di servizio pubblico concesse dalle autorità nazionali. È sul piano del bilanciamento tra regole ed eccezioni, ai sensi dell'articolo 106, par. 2 TFUE, successivo e condizionato al mancato rispetto dei noti requisiti *Altmark*[165], semmai, che l'interpretazione del principio è stata effettuata, in termini più flessibili ed espansivi, in modo tale da ampliare i margini di autonomia degli Stati, tanto che, piuttosto che di investitore privato in un'economia di mercato, allo stato attuale, sembrerebbe più opportuno parlare di investitore privato in un'economia *sociale* di mercato quando la Corte, ravvisata l'esistenza dei presupposti per l'applicazione dell'articolo 107 TFUE, cioè per la configurabilità dell'aiuto, deve ragionare *ex post* sulla possibile compatibilità dell'aiuto con il diritto UE.

Dal punto di vista delle *golden shares*, il temperamento del principio dell'investitore privato, sopra descritto, dovrebbe quindi realizzarsi sul piano delle eccezioni di interesse generale, proprio come avvenuto nel settore degli aiuti di Stato. Detto in altri termini, se l'approccio UE è orientato a comprimere il più possibile la discrezionalità degli Stati sul piano, *ex ante*, della legittimità delle *golden shares*, bisogna ora capire quale sia l'impostazione adottata sotto il profilo delle deroghe, espresse e non. La giurisprudenza, sul punto, come sarà dimostrato nel prosieguo dell'analisi[166], sembra aver seguito una direzione diversa rispetto all'applicazione, edulcorata, del principio dell'investitore privato posta in essere dalla Corte con riguardo alla compensazione di oneri di servizio pubblico.

[164] Vedi altresì il § seguente.

[165] Sentenza *Altmark* del 23 luglio 2003, causa C-280/00, *Raccolta*, p. I-7747; su tale problematica, in particolare sulla terza e quarta condizione *Altmark* e sulla parziale sovrapposizione con i presupposti di attuazione dell'articolo 106, par. 2, si vedano, *inter alia*, M. DONY, *Aides d'État et sauvegarde du service public*, in *Mélanges en hommage Michel Waelbroeck*, Bruxelles, 1999, pp. 881-894; A. BARTOSCH, *Clarification or Confusion? How to Reconcile the ECJ's Rulings in Altmark and Chronopost*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2003, pp. 384-386; A. FRATINI, F. FILPO, *I nuovi sviluppi giurisprudenziali sul concetto di aiuto di Stato: dalla formula Altmark al paradosso del monopolista-concorrente di Chronopost*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2003, pp. 1212-1219; P. NICOLAIDES, *Compensation for Public Service Obligations: The Floodgates of State Aid?*, in *European Competition Law Review*, 2003, p. 561; A. SINNAEVE, *State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2003, pp. 358-359; E. SZYSZCZAK, *Financing Services of General Economic Interest*, in *Modern Law Review*, 2004, p. 987; A. BARTOSCH, *Compensation for Public Service Obligations: Post* Altmark *Reflections*, in M. S. RYDELSKI (ed. by), *The EC State Aid Regime: Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*, London, 2006, pp. 60-65; D. GALLO, *op. cit.*, pp. 685-705.

[166] Vedi i §§ 6 e 7.

6. Interesse (economico?) generale e mercato interno: "doctrine of non economic considerations", *principio di proporzionalità, deroghe espresse ed esigenze imperative, tra investimenti UE e investimenti extra-UE*

La Commissione europea, in relazione alla possibile giustificazione di misure restrittive nazionali conferenti *golden shares* allo Stato, ha più volte affermato che non è ammissibile "che il concetto di 'interesse nazionale' diventi un criterio che in quanto tale possa servire come fondamento giuridico" per l'adozione di detti provvedimenti[167].

La Corte aderisce (quasi) integralmente all'impostazione formulata dalla Commissione in tutti casi ad eccezione della causa, già citata, *Commissione* c. *Belgio*. Peraltro, tranne la sentenza *Commissione c. Germania*, anch'essa già citata, relativa al settore automobilistico in Germania[168], in tutte le altre cause, i governi nazionali si sono fondati su considerazioni d'interesse generale direttamente collegate con le garanzie connesse alla prestazione di servizi pubblici economici.

Si tratta di una serie di giustificazioni ancorate sia alle deroghe espresse, previste in materia di capitali e stabilimento, sia alle esigenze imperative d'interesse generale, di derivazione pretoria, sulla base del presupposto che, secondo la Corte, non possono essere negate le preoccupazioni che, a seconda delle circostanze, sono suscettibili di giustificare "il fatto che gli Stati membri conservino una certa influenza sulle imprese inizialmente pubbliche e successivamente privatizzate, qualora tali imprese operino nei settori dei servizi d'interesse generale o strategico"[169].

Secondo i giudici europei, entrambe le categorie di eccezioni, tipiche e non tipiche, devono essere abbinate a criteri oggettivi, stabili e trasparenti[170], in modo da limitare al minimo il potere discrezionale delle

[167] Cfr. il punto 8 della comunicazione della Commissione del 1997, già citata, relativa ad alcuni aspetti giuridici attinenti agli investimenti comunitari.

[168] Sulle particolarità di questa causa si vedano VAN BEKKUM, J. KLOOSTERMAN, J. A. WINTER, *Golden Shares and European Company Law: the Implications of Volkswagen*, in *European Company Law*, 2008, p. 6 ss.; M. WEISS, *Staatlicher Schutz vor Investitionen nach dem Urteil zum VW-Gesetz*, in *Europäisches Wirtschafts und Steuerrecht*, 2008, p. 13 ss.; F. M. MUCCIARELLI, *La sentenza "Volkswagen" e il pericolo di una "convergenza" forzata tra gli ordinamenti societari*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2009, p. 273 ss.

[169] Cfr. la sentenza, già citata, *Commissione* c. *Belgio*, punto 43.

[170] Su tali criteri si vedano, tra gli altri, L. MARINI, *Golden share e diritto comunitario nelle recenti sentenze della Corte di giustizia*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2002, p. 489 ss.; E. SCHIANO, *In quale misura la previsione di* golden shares *è compatibile con le libertà comunitarie*, in F. CARUSO, L. SICO (a cura di), *Le nuove frontiere della disciplina della concorrenza e del mercato nell'Unione Europea*, Torino, 2003, p.

autorità nazionali, anche grazie alla previsione di efficaci rimedi giurisdizionali[171]. Inoltre, per essere giustificata, la normativa nazionale deve essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di quest'ultimo, sulla scorta della logica che indirizza il principio di proporzionalità[172]. Sotto quest'ultimo profilo, ad esempio, la Corte ha ritenuto che fosse sproporzionato un sistema di previa autorizzazione in merito a talune decisioni societarie, dal momento che lo stesso obiettivo di tutela di interessi generali avrebbe potuto essere più efficacemente raggiunto attraverso poteri di opposizione esercitabili *a posteriori*[173].

Concentrandosi sul contenuto delle eccezioni al vaglio della Corte, con riferimento alle deroghe espresse, nell'ambito della libera circolazione dei capitali, i giudici hanno ragionato sulla possibile giustificazione di misure nazionali ai sensi dell'articolo 65, par. 1, lett. b) TFUE, laddove viene affermato che le disposizioni dell'articolo 63 "non pregiudicano il diritto degli Stati membri […] di prendere tutte le misure necessarie per impedire le violazioni della legislazione e delle regolamentazioni nazionali, in particolare nel settore fiscale e in quello della vigilanza prudenziale sulle istituzioni finanziarie, o di stabilire procedure per la dichiarazione dei movimenti di capitali a scopo di informazione amministrativa o statistica, o di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza". Quanto alla libertà di stabilimento, le norme del Trattato FUE rilevanti sono due: l'articolo 51, che esenta dall'applicazione delle norme sullo stabilimento le attività che nello Stato "partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri"; l'articolo 52, par. 1, in base al quale gli Stati possono adottare disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano "un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica".

Per quel che concerne la cosiddetta "clausola *Cassis-Gebhard*"[174]

312 ss.; T. BALLARINO, L. BELLODI, *La* Golden share *nel diritto comunitario. A proposito delle recenti sentenze della Corte comunitaria*, in *Rivista delle società*, 2004, p. 2 ss.; T. DEMURO, *La necessaria oggettività per l'esercizio dei poteri previsti dalla* golden share, in *Giurisprudenza commerciale*, 2009, p. 640 ss.

[171] Cfr. le sentenze, già citate, del 2002 *Commissione* c. *Belgio*, punto 21 e *Commissione* c. *Portogallo*, punto 27.

[172] Cfr. le sentenze, già citate, *Commissione* c. *Portogallo* del 2002, punto 49, *Commissione c. Francia*, punto 45 e *Commissione* c. *Germania*, punto 73.

[173] Cfr. le sentenze, già citate, *Commissione* c. *Portogallo* del 2002, punto 50 e *Commissione c. Spagna* del 2003, punto 69.

[174] Come noto, con la sentenza *Cassis de Dijon* del 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Raccolta*, p. 649 avente per oggetto la libera circolazione delle merci, la Corte enuclea, per la prima volta, una serie (non tassativa) di esigenze imperative di interesse generale,

delle esigenze imperative, la Corte ha riconosciuto che taluni interessi generali invocati dagli Stati possono giustificare restrizioni all'esercizio delle libertà fondamentali. Trattasi di quelli afferenti: alla disponibilità e all'approvvigionamento minimo di beni e servizi essenziali per la collettività, alla continuità del servizio pubblico, alla sicurezza degli impianti utilizzati nell'ambito dei servizi pubblici, alla difesa nazionale, alla tutela dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza nonché alle emergenze sanitarie[175]. Da qui la parziale sovrapposizione, che emerge dagli stessi ragionamenti formulati dalla Corte, tra articolo 65, par. 1, lett. b) TFUE ed esigenze imperative.

Da una lettura complessiva della giurisprudenza si desume che sono due le ragioni per le quali le giustificazioni addotte dagli Stati non sono state accettate dalla Corte. Innanzitutto, i giudici di Lussemburgo escludono che determinate considerazioni possano essere invocate in ragione del loro carattere economico, in ossequio alla cosiddetta "*doctrine of non economic considerations*", in base alla quale, come noto, in materia di libertà di circolazione[176], rileverebbero sempre e solo considerazioni extra-economiche[177], mai quelle di rilevanza economica. Ad esempio, in relazione all'articolo 65, par. 1, lett. b), la Corte esclude l'applicabilità dei motivi di natura tributaria, di vigilanza prudenziale, di natura amministrativa e statistica alla materia delle *golden shares*. Inoltre, con riferimento all'argomento, sollevato dal governo portoghese nella causa *Commissione c. Portogallo* del 2002, secondo cui la concessione dei poteri speciali avrebbe dovuto giustificarsi in quanto finalizzata a salva-

la cui applicabilità, oltre che nel settore delle merci, viene estesa a tutte le altre libertà di circolazione con la sentenza *Gebhard* del 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Raccolta*, p. I-4165.

[175] Cfr. le sentenze, già citate, *Commissione* c. *Italia* del 2009, punti 45 e 69, *Commissione* c. *Portogallo* del 2010, punto 72 e *Commissione* c. *Grecia*, punti 64-65.

[176] Come rileva J. SNELL, *Economic Aims as Justification for Restrictions on Free Movement*, in A. SCHRAUWEN (ed. by), *Rule of Reason – Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, Amsterdam, 2005, p. 38, "[t]his is true both for express Treaty exceptions and for overriding requirements in the general interest, and applies for all four freedoms".

[177] Cfr., in particolare, l'articolo 2 della direttiva 64/221/CEE del Consiglio del 25 febbraio 1964 per il coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento e il soggiorno degli stranieri, giustificati da motivi d'ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica (GUCE 56 del 4 aprile 1964, p. 850); nella giurisprudenza, cfr., tra le altre, le sentenze *Commissione c. Italia* del 19 dicembre 1961, causa 7/61, *Raccolta*, p. 621, punto D, *Commissione c. Italia* del 9 giugno 1982, causa 95/81, *Raccolta*, p. 2187, punto 27, *Syndesmos ton en Elladi Touristikon kai Taxidiotikon Grafeion (Unione delle agenzie di viaggi e turistiche della Grecia)* del 5 giugno 1997, causa C-398/95, *Raccolta*, p. I-3091, punto 23, *Rockler* del 16 febbraio 2006, causa C-137/04, *Raccolta*, p. I-1441, punto 24.

guardare l'interesse finanziario dello Stato, la Corte, innanzitutto, esclude che una tale ragione di interesse generale sia ricompresa nell'articolo 65, e, successivamente, rileva che, trattandosi di una considerazione economica, non avrebbe potuto essere accolta neanche sul piano della "clausola *Cassis-Gebhard*"[178]. Lo stesso ragionamento è svolto in relazione ad ulteriori obiettivi enunciati dal governo portoghese, tra cui "la scelta di un *partner* strategico, il rafforzamento della struttura concorrenziale del mercato di cui trattasi nonché la modernizzazione e il rafforzamento dell'efficacia dei mezzi di produzione"[179].

In secondo luogo, l'interpretazione del principio di proporzionalità condotta dalla Corte in merito agli interessi di carattere generale invocati dagli Stati, da essa riconosciuti come teoricamente legittimi, è stata nel senso di condizionare la compatibilità della normativa nazionale con il diritto UE al cumulo di taluni requisiti, interpretati in maniera restrittiva dai giudici europei, tra cui la natura circostanziata dei poteri speciali, la previsione di un controllo giurisdizionale attraverso il quale constatarne l'eventuale illegittimità, l'esistenza di un sistema di opposizione *ex post* e non di autorizzazione preventiva o approvazione sistematica delle delibere societarie[180] e soprattutto l'impossibilità di configurare, anche in astratto, misure meno restrittive per raggiungere lo scopo individuato dallo Stato. Sotto quest'ultimo profilo, in particolare, la Corte ha ancorato la giustificazione di una misura all'esistenza di una "minaccia effettiva e sufficientemente grave" all'erogazione del servizio pubblico, dunque ad "uno degli interessi fondamentali della collettività"[181].

La combinazione del trasferimento integrale, sul piano delle *golden shares*, della "*doctrine of non economic considerations*" con un'interpretazione restrittiva del principio di proporzionalità ha portato la Corte a condannare gli Stati e le relative normative nazionali non solo, come si è visto, dal punto di vista della legittimità *ex ante* dei poteri speciali, ma anche della loro compatibilità concreta con i trattati, limitando, *de facto*,

[178] Cfr. la sentenza, già citata, *Commissione c. Portogallo* del 2002, punto 52; cfr. altresì la sentenza, anch'essa già citata, *Commissione* c. *Portogallo* del 2010, punti 70-71.

[179] Sentenza *Commissione c. Portogallo* del 2002, punto 52.

[180] Così H. FLEISCHER, *Case C-367/98,* Commission of the European Communities v. Portuguese Republic *(Golden shares); C-483/99,* Commission of the European Communities v. French Republic *(Golden shares); and C-503/99,* Commission of the European Communities v. Kingdom of Belgium *(Golden shares). Judgments of the Full Court of 4 June 2002*, in *Common Market Law Review*, 2003, p. 497.

[181] Cfr., ad esempio, le sentenze, già citate, *Commissione* c. *Belgio*, punto 48, *Commissione* c. *Spagna* del 2008, punto 47 e *Commissione* c. *Portogallo* del 2010, punto 67.

in maniera molto significativa, la discrezionalità dei governi ed erodendone la sovranità economica e sociale.

Al riguardo, va innanzitutto svolta una breve considerazione in merito al trattamento di investimenti extra-UE effettuati da fondi sovrani, *state owned enterprises et similia*[182]. Sebbene la Corte non si sia ancora pronunciata espressamente circa la natura delle giustificazioni ammissibili in una siffatta situazione, pare corretta l'impostazione di parte della dottrina che, *pro futuro*, ipotizza la formulazione di una o più esigenze imperative per questo caso specifico, che tenga(no) conto, ad esempio, della poca trasparenza dell'operatore che effettua l'investimento o della penetrazione di considerazioni puramente politiche nell'attività da esso svolta. Una tale estensione della "clausola *Cassis-Gebhard*", in relazione ad investimenti extra-UE, potrebbe peraltro essere associata ad un'interpretazione maggiormente flessibile del principio di proporzionalità, in modo tale da non ritenere *per se* illegittime le misure nazionali per il solo fatto di prevedere un regime di autorizzazione *ex ante* nel caso di investimenti effettuati da operatori collegati a Stati terzi in ex *public utilities*[183]. Il risultato sarebbe quello di configurare un trattamento distinto tra investitori UE e investitori extra-UE[184], in determinate situazioni potenzialmente pericolose per gli Stati ospiti dell'investimento, nei quali operano le società privatizzate esercenti servizi pubblici. Un tale risultato, peraltro, non costituisce di per sé una novità[185]: nella giurisprudenza UE in materia fiscale[186], infatti, l'espansione della portata derogatoria della "clausola *Cassis-Gebhard*", così come un'interpretazione elastica del principio di proporzionalità, si trovano al centro del ragionamento svolto dalla Corte di giustizia, favorevole ad ampliare i margini di autonomia degli Stati e, nel contempo, a rendere più difficoltoso l'ingresso di particolari categorie di investitori extra-UE nel mercato europeo. In *Orange European Smallcap Fund*, in particolare, è scritto che "[n]on si può […] escludere che uno Stato membro possa dimostrare che una limitazione dei movimenti di capitali a destinazione di paesi terzi o in provenienza da essi è giustificata da un determinato motivo in circostanze in cui tale motivo non potrebbe costituire una giustificazione vali-

[182] Sul punto vedi il § 4.

[183] Così H. SCHWEITZER, *op. cit.*, p. 118.

[184] Vedi anche la nota 135.

[185] Cfr. altresì le considerazioni svolte nel § 4 in merito alle direttive 2009/72 e 2009/73 in materia di energia elettrica e gas.

[186] Cfr, a titolo esemplificativo, le sentenze *Skatteverket* del 18 dicembre 2007, causa C-101/05, *Raccolta*, p. I-11531 e *Orange European Smallcap Fund* del 16 giugno 2011, causa C-194/06, *Raccolta*, p. I-3747.

da per una restrizione ai movimenti di capitali tra Stati membri"[187]. Il trasferimento di principi enucleati in questa giurisprudenza sul piano delle *golden shares* è auspicabile: i motivi di preoccupazione derivanti dall'applicazione delle libertà di circolazione dei capitali agli investimenti diretti extra-UE[188] da parte di operatori non sempre "raccomandabili" verrebbero, in questo modo, certamente calmierati[189]. Da qui l'importanza delle considerazioni svolte dalla Corte in *Commissione* c. *Grecia*, dalle quali sembra ricavarsi, implicitamente, che un trattamento che sia più attento alle istanze degli Stati ospiti dell'investimento, in relazione ad investimenti extra-UE, è ammissibile. I giudici, infatti, nel valutare le giustificazioni addotte dalla Grecia in merito al regime di autorizzazione preliminare in discussione nella causa, che sarebbe "rivolto principalmente a controllare le acquisizioni ostili a carattere speculativo da parte di fondi sovrani stabiliti in paesi terzi", invece di contestare la legittimità *per se* della misura, osserva che essa riguarda "tutti gli investitori potenziali, compresi quelli stabiliti negli Stati membri dell'Unione e non solo gli investitori stabiliti negli Stati terzi"[190].

7. Segue: *l'articolo 106, par. 2 quale strumento di contemperamento tra esigenze del mercato e dello Stato ed elemento di raccordo tra diritto antitrust e libertà di circolazione*

Concentrandosi ora sugli investimenti provenienti da paesi membri, oggetto specifico del presente contributo, uno strumento normativo alternativo di contemperamento tra le esigenze del mercato e quelle dello Stato, nel settore delle *golden shares*, rispetto all'utilizzo delle sopra menzionate deroghe espresse e non, esiste. Ci si riferisce all'articolo 106, par. 2, il quale stabilisce che "[l]e imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale […] sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di

[187] Cfr. il punto 90 della sentenza.

[188] Sulla nozione di investimento diretto, sui connessi problemi dal punto di vista dei rapporti tra capitali e stabilimento e sui rischi collegati all'ingresso di nuovi attori finanziari nel mercato interno vedi il § 4.

[189] In questo senso si esprimono M. O'BRIEN, *op. cit.*, p. 256 e H. SCHWEITZER, *op. cit.*, pp. 106-111.

[190] La Corte, peraltro, sottolinea che il governo ellenico "non ha identificato un'altra disposizione di natura legislativa dalla quale emergerebbe che l'ambito di applicazione di tale regime riguarda unicamente questi ultimi investitori" (punti 26-27).

diritto o di fatto, della specifica missione loro affidata"[191]. La norma, dopo un periodo di acceso "neo-liberismo" improntato all'integrazione dei mercati, nella fase successiva alle privatizzazioni e alle liberalizzazioni, come noto, a partire dalla sentenza *Corbeau* del 19 maggio 1993[192], è stata interpretata, seppure in maniera altalenante e non del tutto armonica, in termini sempre più flessibili[193]: si è passati, infatti, dalla configurabilità dell'"ostacolo", inteso come *incompatibilità assoluta* tra l'applicazione delle regole di concorrenza e lo svolgimento della missione di interesse generale "in condizioni economicamente accettabili", all'esigenza che tale svolgimento sia reso *non indispensabile* ma (solamente) *più difficile* dall'applicazione delle norme UE[194]. Il risultato è stata l'estensione dei margini di manovra, sul fronte della regolamentazione dell'economia e del *welfare*, a disposizione degli Stati.

In base a quanto si è scritto è dunque legittimo chiedersi se l'articolo 106, par. 2 non possa offrire un più ampio margine di intervento agli Stati in materia di *golden shares*, considerato che il parametro rappresentano dalle "condizioni economicamente accettabili" pare essere meno stringente di quello, enucleato nell'ambito delle *golden shares*, in riferimento alle esigenze imperative, dell'esistenza di una "minaccia reale e grave" all'esercizio delle attività di interesse generale di cui sono incaricate le imprese.

Ora, le potenzialità sottese all'articolo 106, par. 2 non sono state col-

[191] Sulla norma si vedano, nella vastissima letteratura, J. L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights*, pp. 271-362; D. GALLO, *op. cit.*, pp. 86-173; N. FIEDZIUK, *Services of General Economic Interest and the Treaty of Lisbon: Opening Doors to a Whole New Approach or Maintaining the* Status Quo, in *European Law Review*, 2011, p. 226 ss.; H. SCHWEITZER, *Services of General Economic Interest: European Law's Impact on the Role of Markets and of Member States*, in M. CREMONA (ed. by), *op. cit.*, p. 11 ss.; L. HANCHER, P. LAROUCHE, *The Coming Age of EU Regulation of Network Industries and Services of General Economic Interest*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law*[2], Oxford, 2011, p. 743 ss.; U. NEERGAARD, *Services of General Economic Interest under EU Constraints*, in D. SCHIEK, U. LIEBERT, H. SCHNEIDER (eds.), *European Economic and Social Constitutionalism after the Treaty of Lisbon*, Cambridge, 2011, p. 174 ss.; J. L. BUENDIA SIERRA, *Writing Straight with Crooked Lines: Competition Policy and Services of General Economic Interest in the Treaty of Lisbon*, in A BIONDI, P. EECKOUT, S. RIPLEY (eds.), *EU Law After Lisbon*, 2012, p. 347 ss.; V. HATZOPOULOS, *Regulating Services in the European Union*, Oxford, 2012, pp. 89-96; J. VAN DE GRONDEN, C. S. RUSU, *Services of General (Economic) Interest post-Lisbon*, in M. TRYBUS, L. RUBINI (eds.), *The Treaty of Lisbon and the Future of European Law and Policy*, Cheltenham, 2012, p. 413 ss.

[192] Causa C-320/91, *Raccolta*, p. I-2533.

[193] In questo senso si vedano le osservazioni svolte da C. JOERGES, *European Economic Law, the Nation-State and the Maastricht Treaty*, in R. DEHOUSSE (ed. by), *Europe after Maastricht*, München, 1994, p. 29 ss.

[194] Cfr. i punti 16-21 della sentenza *Corbeau*.

te, nel settore delle *golden shares*, dai governi nazionali e, laddove la norma è stata invocata, è stato fatto superficialmente e quasi incidentalmente. Ciò, sebbene la Corte ne abbia implicitamente ammessa l'applicabilità in *Commissione* c. *Belgio* e *Commissione* c. *Spagna* del 2003[195], confermando così quanto essa già aveva rilevato, più o meno esplicitamente, in altre sentenze riguardanti i servizi d'interesse economico generale dal punto di vista delle libertà fondamentali[196]. In linea con la (ri)valorizzazione dell'articolo 106, par. 2 quale deroga al divieto di aiuti di Stato effettuata dalla Corte e dalla Commissione[197], i giudici ritengono pertanto che la norma possa penetrare in aree diverse dal dirit-

[195] Nella sentenza, già citata, *Commissione c. Belgio*, il governo belga, sostenuto dal Regno Unito, fa valere, in via subordinata, qualora cioè il ricorso non venisse accolto sul piano delle libertà di circolazione, che gli eventuali ostacoli alle libertà del Trattato risultanti dalla normativa controversa fossero giustificati sulla base dell'articolo 106, par. 2, dal momento che la norma "è l'espressione di un principio generale secondo cui le norme del Trattato devono subire eccezioni quando siano minacciati interessi legati alle missioni dei servizi di interesse generale" (punti 34-35). La Corte non si pronuncia, in concreto, sull'articolo 106, par. 2, ma non ne esclude affatto l'intervento. Infatti, dopo aver affermato che "la normativa controversa è giustificata dall'obiettivo di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento di energia in caso di crisi", i giudici sottolineano che, "[i]n tali condizioni non è necessario esaminare il motivo relativo ad un principio dedotto dall'articolo 90, n. 2, del Trattato [attuale 106, par. 2 TFUE], che il governo belga fa valere in via subordinata" (punti 55-56). Nella causa, già citata, *Commissione c. Spagna* del 2003, la Corte, pur respingendo in concreto la tesi proposta dal governo spagnolo secondo cui l'articolo 106, par. 2 sarebbe applicabile al caso di specie, non ne esclude, in principio, l'intervento in chiave giustificatoria delle *golden shares*. I giudici, infatti, ritengono che detto governo avrebbe dovuto fornire "criteri oggettivi e precisi" (punto 80) al fine di chiarire per quale ragione, nel caso di specie, la titolarità di azioni privilegiate, da parte dello Stato, in alcune imprese esercenti servizi pubblici, avrebbe dovuto essere ritenuta proporzionata all'obiettivo di interesse pubblico invocato dalla Spagna (punti 81-83). La Corte rileva che, se è vero che l'articolo 106, par. 2 "mira a contemperare l'interesse degli Stati membri ad utilizzare determinate imprese, segnatamente del settore pubblico, come strumento di politica economica o sociale, con l'interesse dell'[Unione] all'osservanza delle regole di concorrenza e al mantenimento dell'unità del mercato comune […], cionondimeno lo Stato membro deve esporre in maniera circostanziata le ragioni per cui, in caso di abolizione dei provvedimenti contestati, risulterebbe a suo parere pregiudicato l'assolvimento, in condizioni economicamente accettabili, delle funzioni di interesse economico generale di cui ha incaricato un'impresa […]" (punto 81).

[196] Cfr. le sentenze *Merci convenzionali porto di Genova SpA* c. *Siderurgica Gabrielli SpA* del 10 dicembre 1991, causa C-170/90, *Raccolta*, p. I-5889, punto 27, *Commissione c. Paesi Bassi* del 23 ottobre 1997, causa C-157/94, *Raccolta*, p. I-5699, punto 43, *Corsica Ferries II* del 18 giugno 1998, causa C-266/96, *Raccolta*, p. I-3949, punto 59, *FFAD* del 23 maggio 2000, causa C-209/98, *Raccolta*, p. I-3743, punto 35, *Asemfo* del 19 aprile 2007, causa C-295/05, *Raccolta*, p. I-2999, punti 79-80.

[197] In generale, sui recenti sviluppi in tema di aiuti e servizi pubblici, nella giurisprudenza e nel diritto secondario, si veda, recentemente, S. BRACQ, *Le financement des services d'intérêt économique général en droit de l'Union européenne*, in *Revue du Droit de l'Union européenne*, 2012, p. 85 ss.

to *antitrust*, quindi anche nell'ambito delle libertà di circolazione, e operare in questo modo quale elemento di raccordo tra dette libertà e la tutela della concorrenza.

Nella recente sentenza *Commissione* c. *Portogallo* del 2011, tuttavia, una tale apertura, un po' per le carenti motivazioni addotte dallo Stato, un po' per scelta autonoma della Corte, sembra essere stata messa in discussione. Infatti, all'argomento della Commissione, secondo cui l'articolo 106, par. 2, invocato dal governo portoghese, non potrebbe essere attuato nel caso di specie – e presumibilmente in nessun caso riguardante le *golden shares* –, dal momento che tale disposizione, da un lato, sarebbe rivolta "ad una certa categoria di imprese e non agli Stati membri" e, dall'altro, avrebbe ad oggetto solamente i diritti speciali concessi dallo Stato alla società privatizzata e non i "diritti speciali dello Stato in tale società"[198], la Corte risponde che l'articolo 106, par. 2 *sembrerebbe* non potersi applicare perché la normativa portoghese non verte sulla giustificazione di diritti speciali o esclusivi concessi alla società ex pubblica, concernendo, invece, "la legittimità dell'attribuzione allo Stato, nella sua qualità di azionista, di diritti speciali collegati ad azioni privilegiate" da esso detenute nel capitale sociale[199]. Il condizionale è d'obbligo poiché la Corte, nel punto immediatamente successivo osserva che "[i]n ogni caso, dato che lo Stato membro deve esporre in maniera circostanziata le ragioni per cui, nell'ipotesi di soppressione dei provvedimenti contestati, risulterebbe a suo parere pregiudicato l'assolvimento, in condizioni economicamente accettabili, delle funzioni d'interesse economico generale di cui ha incaricato un'impresa, la Repubblica portoghese non ha in alcun modo chiarito per quale ragione ciò si verificherebbe nel caso di specie"[200]. Con questa seconda affermazione, quindi, la Corte pare contraddirsi e, nel farlo, lascia supporre che, qualora la difesa del governo portoghese fosse stata maggiormente accurata e motivata, essa avrebbe potuto, se non accogliere la tesi esposta dal governo portoghese, perlomeno confrontarsi con l'articolo 106, par. 2.

La poca chiarezza della Corte su ruolo e funzione dell'articolo 106, par. 2 nel settore delle *golden shares* e, più in generale, nel quadro delle libertà fondamentali, va criticata, non solo per evidenti problemi di certezza del diritto, ma anche e soprattutto perché rischia di essere interpretata nel senso di impedire o comunque limitare fortemente l'utilizzo di una disposizione che è invece portata ad applicarsi anche nel settore delle libertà fondamentali e nonostante non esistano ostacoli particolari al

[198] Cfr. il punto 76 della sentenza.
[199] Cfr. il punto 93 della sentenza.
[200] Cfr. il punto 95 della sentenza.

suo intervento in chiave derogatoria degli articoli 49 e seguenti e 63 e seguenti[201].

Innanzitutto, l'articolo 106, par. 2 è una deroga *antitrust* atipica, in quanto tale, rivolta agli Stati oltre che alle imprese[202], seppure la sua collocazione, nella sezione prima ("Regole applicabili alle imprese"), capo 1 ("Regole di concorrenza"), titolo VI ("Norme comuni sulla concorrenza, sulla fiscalità e sul ravvicinamento delle legislazioni"), parte terza ("Politiche dell'Unione e azioni interne"), del Trattato FUE, possa far pensare altrimenti. Ne è prova il fatto che le istituzioni europee, nell'applicazione di questa disposizione, in concreto, si rivolgono quasi sempre alle autorità pubbliche, le quali in questo modo diventano anch'esse destinatarie della norma[203]. Peraltro, lo stretto collegamento tra pubblico e privato nel quadro dell'articolo 106, par. 2, è desumibile anche dal fatto che le imprese incaricate dello svolgimento di servizi d'interesse economico generale sono previamente incaricate, a tale fine, dallo Stato.

In secondo luogo, la Corte, nel riproporre la tesi elaborata dalla Commissione (senza però rielaborarla ulteriormente) su oggetto e scopo dell'articolo 106, par. 2, sembra equivocare la *ratio* che orienta quest'ultima disposizione. La norma, infatti, non si riassume semplicemente nell'introdurre una deroga al paragrafo 1: il campo di applicazione *ratione personae* dei due paragrafi si interseca ma non è equivalente, dal momento che non tutte le imprese esercenti servizi d'interesse economico generale ai sensi del paragrafo 2 sono titolari di diritti speciali o esclusivi in base al paragrafo 1[204]. Se è corretta la conclusione per cui,

[201] Nello stesso senso si esprimono anche E. BOSCOLO, *Le 'golden shares' di fronte al giudice comunitario*, in *Foro italiano*, parte IV, 2002, 480 ss.; C. SAN MAURO, *La disciplina*, pp. 23-27; S. M. CARBONE, *"*Golden Share*" e fondi sovrani*, cit., *op. cit.*, 485; S. M. CARBONE, *"*Golden Share*" e fondi sovrani: lo Stato nelle imprese tra libertà comunitarie e diritto statale*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2009, pp. 506-507; V. MICHEL, Golden shares*, fonds souverains et mission d'intérêt économique général*, in *Europe*, 2012, p. 30 ss.

[202] Sulle peculiarità della norma si vedano G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e articolo 90.2 del Trattato CE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1996, p. 721; J. GOYDER, A. ALBORS-LLORENS, *Goyder's EC Competition Law*[5], Oxford, 2009, p. 562; E.-J. MESTMÄCKER, *State Trading Monopolies in the European Community*, in *Vanderbilt Law Review*, 1967, p. 353; *contra* L. DANIELE, *Diritto del Mercato unico europeo*[2], Milano, 2012, p. 298.

[203] In questo senso si esprimono D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *op. cit.*, p. 1022.

[204] J. GOYDER, A. ALBORS-LLORENS, *op. cit.*, p. 565, affermano che "some bodies falling within 86(1) would not meet the requirements for exemption under 86(2), though it is also possible that some private undertakings which would not fall under 86(1) (as neither 'public' nor having 'special or exclusive rights') might nevertheless qualify for

quando vi è un monopolio, è molto frequente che il servizio svolto sia d'interesse economico generale e che, in un caso come questo, la lettura combinata dei due paragrafi è sempre necessaria, costituendo il secondo paragrafo in buona sostanza l'unica giustificazione per l'esistenza del monopolio medesimo, non è vero il contrario, e cioè che, quando vi è un servizio d'interesse economico generale, l'impresa che lo svolge sarebbe sempre titolare di un diritto esclusivo[205]. Sebbene i due concetti siano profondamente interconnessi, i servizi pubblici non sono sempre regolati e gestiti in monopolio. Il ruolo di tali servizi non si riassume nell'esigenza del mantenimento dei monopoli, dovendo invece assolvere una funzione ben più rilevante, in ragione del loro collegamento con i bisogni del cittadino e l'esercizio, da parte di quest'ultimo, dei suoi diritti[206]. Il risultato, pertanto, è una possibile dissociazione tra articolo 106, par. 1 e articolo 106, par. 2, dal momento che le imprese individuate da quest'ultimo paragrafo non rientrano in ogni caso nel novero delle imprese previste dal primo paragrafo della norma. Nella sentenza *BUPA* del 12 febbraio 2008, infatti, è scritto che "il riconoscimento di una missione SIEG non presuppone necessariamente che all'operatore preposto a tale missione venga concesso un diritto esclusivo o speciale per assolverla", dal momento che "[l]a concessione di un diritto speciale o esclusivo ad un operatore costituisce solo lo strumento, eventualmente giustificato, che consente a tale operatore di svolgere una missione SIEG"[207]. Ciò vuole dire che l'attribuzione di una missione d'interesse economico generale può consistere in un obbligo imposto a molti o addirittura a tutti gli operatori, come avviene, appunto, nel mercato irlandese delle assicurazioni private di malattia al vaglio del Tribunale in *BUPA*.

In terzo luogo, l'articolo 106, par. 2, nel disporre che "[l]e imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale […] sono sottoposte alle norme del presente trattato, e *in particolare* alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento […] della specifica missione loro affidata", rende

exemption under (2) if carrying out tasks of sufficient 'general economic interest'"; in senso contrario L. M. PAIS ANTUNES, *L'article 90 du Traité CEE. Obligations des Etats membres et pouvoirs de la Commission*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1991, p. 195, secondo il quale "les entreprises visées au paragraphe 2 de l'article 90 font nécessairement partie des entreprises sur lesquelles les Etats membres exercent une influence dominante, soit parce qu'elles sont publiques, soit parce qu'elles se sont vu conférer des droits spéciaux ou exclusifs".

[205] Pone in evidenza l'inesistenza di una perfetta ed automatica corrispondenza tra servizio d'interesse economico generale e monopolio R. KOVAR, *op. cit.*, p. 239.

[206] Rileva questo aspetto A. SCHAUB, *Libéralisation et respect de l'intérêt général*, in *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, n. 50, 1999, p. 409.

[207] Causa T-289/03, *Raccolta*, p. II-81, punto 179.

esplicito che dette imprese possono godere di un trattamento differenziato non solamente rispetto al diritto *antitrust*, ma anche ad altre regole di diritto primario, tra le quali spiccano le norme sulle libertà di circolazione.

In quarto luogo, il collegamento tra *golden share* e servizi pubblici si palesa nella circostanza che la concessione dei poteri speciali è considerata dagli Stati come funzionale proprio al corretto espletamento di attività d'interesse generale[208]. La ricomprensione di esigenze, quale quella di "garantire la sicurezza degli approvvigionamenti di energia in caso di crisi"[209] attraverso una fornitura minima costante di prodotti petroliferi o di gas[210], nell'articolo 65, par. 1, lett. b), è infatti giustificato a condizione però che si riconosca la centralità delle finalità, di ultima istanza, riconducibili all'"osservanza degli obblighi di servizio pubblico" che spettano alle società[211] nei confronti delle quali lo Stato detiene poteri speciali[212].

Infine, l'applicazione dell'articolo 106, par. 2 nel settore delle *golden shares* risolverebbe un'importante incongruenza resa manifesta dal confronto tra alcune pronunce in tema di poteri speciali e la giurisprudenza precedente. Il problema è quello della supposta irrilevanza di considerazioni economiche nell'ambito delle libertà fondamentali; esso trae

[208] Sottolineano l'"explicit link" tra "regime on public services of Article 86(2) [attuale 106, par. 2] and the justification regime under free movement provisions" W. SAUTER, H. SCHEPEL, *op. cit.*, p. 43. Nonostante un esplicito riferimento all'articolo 106, par. 2 sia assente, sembra andare nella stessa direzione l'Avvocato generale Maduro, nelle conclusioni del 6 aprile 2006 rese nella causa, già citata, *Commissione c. Paesi Bassi*, laddove rileva che "[q]uando lo Stato privatizza un'impresa […] la libera circolazione dei capitali esige che l'autonomia economica di tale impresa sia tutelata, a meno che non occorra salvaguardare interessi pubblici fondamentali riconosciuti dal diritto comunitario", per poi concludere che "[i]n tal modo, qualsiasi controllo statale di un'impresa privatizzata, tenuto conto del fatto che esso esula dal normale meccanismo di mercato, deve essere collegato allo svolgimento di attività di interesse economico generale associate a detta impresa".

[209] Cfr., a titolo esemplificativo, le sentenze *Commissione* c. *Belgio*, punto 46 e *Commissione* c. *Portogallo* del 2011, punto 77.

[210] Giustificazione questa ritenuta dalla Corte pienamente legittima nella sentenza *Campus Oil* del 10 luglio 1984, causa 72/83, *Raccolta*, p. 2727, punti 34-35.

[211] Cfr., ad esempio, la sentenza, già citata, *Commissione* c. *Belgio*, punto 52.

[212] La fusione tra esigenze della pubblica sicurezza di cui all'articolo 65, par. 1, lett. b) e servizi pubblici, cioè tra deroghe espresse (l'articolo 65 sui capitali ma anche l'articolo 52 che prevede l'eccezione della pubblica sicurezza con riferimento allo stabilimento) ed esigenze imperative di origine pretoria è particolarmente chiara nella sentenza *Commissione c. Italia* del 2009, già citata, nella quale la Corte, nonostante un breve cenno iniziale, sostanzialmente prescinde dall'articolo 65, par. 1, lett. b), al fine di concentrarsi su giustificazioni, di tipo pretorio, del tutto sovrapponibili con quelle su cui fa perno l'articolo 106, par. 2 (punti 45 e 61-74).

origine, come si è già accennato, dal non accoglimento, da parte della Corte, di finalità fatte valere dagli Stati in ragione della loro natura puramente economica. In particolare, non convince il ragionamento dei giudici, sopra ricordato, secondo cui l'interesse finanziario dello Stato, rappresentando una giustificazione economica, sarebbe sempre inammissibile. Ciò per due ragioni. La prima è che la rilevanza dell'equilibrio finanziario dello Stato è, invece, al centro dell'impianto derogatorio ritenuto al contrario potenzialmente legittimo dalla Corte nella sua giurisprudenza in tema di libera prestazione dei servizi[213], laddove essa riconosce che il Trattato non scalfisce la competenza degli Stati membri ad impostare i loro sistemi previdenziali, salvaguardando l'equilibrio finanziario dei loro rispettivi sistemi di sicurezza sociale[214]. La seconda consiste nel fatto che quando in gioco ci sono i servizi pubblici, nell'ambito delle libertà fondamentali, la penetrazione di considerazioni economiche e la loro sovrapposizione e confusione con considerazioni di carattere extra-economico è inevitabile. Da qui la relativizzazione del principio, considerato per molto tempo assoluto in dottrina[215], dell'impermeabilità delle libertà fondamentali alla penetrazione di finalità economiche[216].

[213] Sottolinea questo aspetto anche F. BENYON, *Direct Investment*, cit., p. 33; sulla giurisprudenza e sul diritto derivato UE in materia di libera circolazione dei pazienti si vedano, *inter alia*, F. COSTAMAGNA, *I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo*, Napoli, 2011, pp. 135-222; i contributi in J. W. VAN DE GRONDEN, E. SZYSZCZAK, U. NEERGAARD, M. KRAJEWSKI (eds.), *Health Care and EU Law*, The Hague, 2011, in specie pp. 79-264; R. CISOTTA, *Limits to Rights to Health Care and the Extent of Member States' Discretion to Decide on the Parameters of Their Public Health Policies*, in F. BENYON (ed. by), *Services and the EU Citizen*, Oxford-Portland, 2013, p. 113 ss., in specie pp. 154-156.

[214] Cfr., tra le altre, le seguenti sentenze: *Duphar* del 7 febbraio 1984, causa 238/82, *Raccolta*, p. 523, punto 16; *Decker* del 28 aprile 1998, causa 120/95, *Raccolta*, p. I-1831, punto 39; *Kohll* del 28 aprile 1998, causa C-158/96, *Raccolta*, p. I-1931, punto 41; *Watts* del 16 maggio 2006, causa C-372/04, *Raccolta*, punto 103; *Commissione c. Spagna* del 15 giugno 2010, causa C-211/08, *Raccolta*, I-5267, punto 53; *Elchinov* del 5 ottobre 2010, causa C-173/09, *Raccolta*, I-8889, punti 40-42.

[215] Si vedano, *ex multis*, M. VAN DER WOUDE, *Article 90: Competing for Competence*, in *European Law Review*, 1992, p. 63; A. WACHSMANN, F. BERROD, *op. cit.*, pp. 56-58.

[216] La rilevanza di considerazioni economiche nelle eccezioni d'interesse generale invocate dagli Stati e ritenute, in teoria, ammissibili dalla Corte, dal punto di vista delle libertà di circolazione, può essere desunta dalle seguenti pronunce: *Campus Oil* del 10 luglio 1984, causa 72/83, *Raccolta*, p. 2727, punti 35-36; *Openbaar Ministerie* del 6 ottobre 1987, causa 118/86, *Raccolta*, p. 3883, punti 14 e 35; *Evans Medical* del 28 marzo 1995, causa C-342/93, *Raccolta*, p. I-563, punti 34-37; *Finalarte* del 25 ottobre 2001, causa 71/98, *Raccolta*, p. I-7831, punto 53; *Roks* del 24 febbraio 1994, causa C-343/92, *Raccolta*, p. I-571, punti 35-37; *Jørgensen* del 6 aprile 2000, causa C-226/98, *Raccolta*, p. I-2447, punto 49; *Kattner* del 5 marzo 2009, causa C-350/07, *Raccolta*, p. I-1513, punto 85. In dottrina, si vedano gli spunti in A. MATTERA, *Il mercato unico europeo. Norme*

È proprio l'obiettivo dell'equilibrio finanziario, associato all'erogazione dei servizi pubblici, ad informare l'articolo 106, par. 2, come si evince da numerose sentenze, a cominciare da *Corbeau*, nella quale la Corte ha affermato che detta disposizione consente ad uno Stato membro di adottare regolamentazioni conferenti un diritto esclusivo ad un determinato operatore nell'esercizio del servizio pubblico qualora l'applicazione del diritto dell'Unione comprometta "l'equilibrio economico del servizio d'interesse economico generale esercitato dal titolare del diritto esclusivo"[217]. Detto in altri termini, con particolare riguardo alle *golden shares*, l'equilibrio finanziario è obiettivo funzionale al raggiungimento di uno scopo ulteriore, quello cioè di prestare, adeguatamente e in condizioni economicamente accettabili, il servizio medesimo.

In proposito, occorre svolgere un'osservazione ulteriore sull'interesse generale di cui all'articolo 106, par. 2. Il fatto che la locuzione presente nel Trattato FUE, mai modificata durante le varie conferenze di revisione dei trattati, e ampiamente accolta negli atti di diritto derivato e nella giurisprudenza, – ma non nel Protocollo sui servizi di interesse generale n. 26 introdotto con il Trattato di Lisbona[218] – sia quella di servizio d'interesse *economico* generale non significa che una tale espressione sia esente da dubbi e perplessità. Va, infatti, sottolineato che è l'attività

e funzionamento, Torino, 1990, p. 281; J. L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights*, cit., pp. 301-303, 337-338, 355-358; A. F. GAGLIARDI, *United States and European Union Antitrust versus State Regulation of the Economy: is there a better test?*, in *European Law Review*, 2000, p. 353 ss.; V. HATZOPOULOS, *Recent Developments in the Free Movement of Services*, in *Common Market Law Review*, 2000, pp. 78-79; K. J. M. MORTELMANS, *Towards Convergence*, cit., p. 637; J. SNELL, *op. cit.*; N. A. GEORGIADIS, *Derogation Clauses: The Protection of National Interests in EC Law*, Athènes-Bruxelles, 2006, pp. 199-203; C. BARNARD, *Derogations, Justifications and the Four Freedoms: Is State Interest Really Protected?*, in C. BARNARD, O. ODUDU (eds.), *The Outer Limits of European Union Law*, Oxford-Portland, 2009, pp. 279-280.

[217] Cfr. il punto 21 della sentenza.

[218] Questo il testo del Protocollo: "[l]e alte parti contraenti, desiderando sottolineare l'importanza dei servizi di interesse generale hanno convenuto le seguenti disposizioni interpretative, che saranno allegate al trattato sull'Unione europea e al trattato sul funzionamento dell'Unione: Articolo 1 I valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell'articolo 16 del trattato CE comprendono in particolare: - il ruolo essenziale e l'ampia discrezionalità delle autorità nazionali, regionali e locali nella fornitura, commissione e organizzazione di servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti; - la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse; - un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità, parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente; Articolo 2 Le disposizioni del trattato lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico".

ad essere economica, non l'interesse ultimo[219] che caratterizza e definisce il servizio[220]. Piuttosto che di servizio d'interesse economico generale, si dovrebbe dunque parlare di servizio *economico* d'interesse generale. Del resto, che l'articolo 106, par. 2 miri al raggiungimento di interessi collettivi di carattere extra-commerciale, seppure perseguiti nel quadro di criteri e principi prevalentemente economici, si ricava da quanto affermato dell'Avvocato generale Tesauro nelle conclusioni al caso *Corbeau*, a proposito del servizio postale di base, il quale "soddisfa un bisogno vitale della collettività" e "svolge una funzione sociale"[221].

In conclusione, il fatto che l'articolo 106, par. 2 sia una deroga originariamente concepita nel diritto *antitrust*, nell'ambito del quale, come noto, le uniche eccezioni ammissibili sarebbero quelle di carattere economico, non costituisce un ostacolo significativo alla sua applicazione nel settore delle libertà di circolazione, da un lato, perché è già avvenuto che i giudici europei – specularmente a quanto fatto in relazione alla penetrazione di considerazioni economiche nella "clausola *Cassis-Gebhard*" – abbiano formulato *rules of reasons* di natura extra-economica in funzione giustificatoria delle regole sulla concorrenza[222], e, dall'altro, perché, come si è più volte sottolineato, la norma, invocabile da parte sia degli Stati membri che delle imprese esercenti servizi pubblici, opera e realizza il suo "effetto utile" anche in aree diverse dal diritto *antitrust*, in particolare in relazione ad una forma di intervento dello Stato nell'economia, quale è il controllo di società privatizzate, struttu-

[219] La maggior parte della dottrina muove, invece, dall'assunto che l'interesse avrebbe invece natura economica; si vedano, per tutti, le osservazioni di A. WACHSMANN, F. BERROD, *Les critères de justification des monopoles*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1994, pp. 56-58.

[220] In questo senso si vedano anche J. L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights*, cit., pp. 301-303; A. JONES, B. SUFRIN, *EC Competition Law*[3], Oxford, 2008, p. 621; U. NEERGAARD, *Services of General Economic Interest: The Nature of the Beast*, in M. KRAJEWSKI, U. NEERGAARD, J. VAN DE GRONDEN (eds.), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe*, The Hague, 2009, pp. 23-24.

[221] Cfr. il punto 15 delle conclusioni del 9 febbraio 1993.

[222] Nei casi *Albany* del 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Raccolta*, p. I-5751, *Pavel Pavlov* del 12 settembre 2000, cause riunite C-180-184/98, *Raccolta*, p. I-6451, *Wouters* del 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *Raccolta*, p. 1577 e *Meca-Medina* del 18 luglio 2006, causa C-519/04 P, *Raccolta*, p. I-6991, la Corte ha garantito, nell'ordine, ad associazioni sindacali, associazioni di medici, enti professionali e associazioni sportive, un trattamento derogatorio rispetto all'articolo 101, in funzione della realizzazione di obiettivi di carattere sociale (*Albany* e *Pavel Pavlov*), di deontologia, controllo, responsabilità e buona amministrazione (*Wouters*), di lotta al *doping* nello sport (*Meca-Medina*). Si assiste, in questo modo, al recepimento di valori di carattere extra-economico nel quadro del diritto *antitrust*, affiancando all'articolo 101, par. 3, sempre inteso dalla Corte alla stregua di una deroga a carattere economico, *rules of reasons* ispirate a considerazioni di interesse generale non di carattere commerciale.

ralmente "collegato allo svolgimento di attività di interesse economico generale associate a dett[e] società"[223]. Pare dunque opportuno che le istituzioni europee, *in primis* Commissione e Corte, si pronuncino con chiarezza sulla portata dell'articolo 106, par. 2 e sulla necessità di attribuire a quest'ultima il ruolo che le spetta in settori diversi dal diritto della concorrenza, quale strumento di contemperamento tra esigenze del mercato e garanzie sociali sottese ai servizi pubblici ed elemento di raccordo[224] tra diritto *antitrust* e libertà di circolazione.

8. Brevi osservazioni conclusive

L'esame della giurisprudenza UE sulle *golden shares* ha permesso di riscontrare alcune criticità nell'approccio adottato dalla Corte di giustizia in merito ad una forma "evoluta" e – apparentemente – meno invasiva e radicale di intervento pubblico nell'economia, quale è la previsione di poteri speciali in capo allo Stato nei confronti di imprese esercenti servizi pubblici. L'esistenza di tali criticità ha, peraltro, consentito di ragionare sui possibili sviluppi e sulle prospettive future in materia.

La chiave di lettura scelta è stata quella di comprendere in che modo e fino a che punto la Corte abbia colto le trasformazioni socio-economiche prodotte dai processi di privatizzazione e liberalizzazione dei servizi d'interesse generale. Al centro si pone la trasformazione della dicotomia pubblico-privato, con la conseguente rimodulazione di principi cardine della costituzione economica e sociale europea che ne è derivata.

È stato osservato, innanzitutto, che la Corte ha optato per un'interpretazione statica di "regime di proprietà esistente negli Stati membri" di cui all'articolo 345 TFUE piuttosto che per una sua interpretazione funzionale, in contrasto con la logica sostanzialista che orienta la giurisprudenza in tema di economicità e di qualificazione giuridica dell'impresa pubblica. Il criterio funzionale, associato ad un'applicazione espansiva del principio dell'investitore privato in un'economia di mercato, è stato invece adoperato laddove la Corte ha ragionato sulla legittimità *ex ante* dei poteri speciali, al fine di rilevare la presenza "camaleontica" dello Stato, a prescindere dalla circostanza che la funzione regolatoria sia svolta dalla società privat(izzat)a e non formalmente dalle autorità

[223] Cfr. il punto 30 delle conclusioni dell'Avvocato generale Maduro del 6 aprile 2006 rese nella causa, già citata, *Commissione c. Paesi Bassi*.

[224] Secondo K. MORTELMANS, *Towards Convergence*, cit., p. 648, l'articolo 106, par. 2 rappresenterebbe una "basis of convergence" tra concorrenza e libertà fondamentali.

pubbliche. In questo modo, è stato confermato, una volta per tutte, l'ampliamento *ratione personae* delle norme sulle libertà di circolazione, originariamente indirizzate ai soli Stati, attualmente direttamente efficaci, nel rispetto ovviamente di precisi presupposti, anche nei rapporti orizzontali tra soggetti privati.

Quanto al problema del diritto applicabile alle *golden shares*, il "criterio *Baars*" dell'influenza sicura sulla società quale parametro per attivare le norme sullo stabilimento piuttosto che quelle sui capitali, seppure foriero di incertezze, sembra essere, al momento, l'unica soluzione in grado di attribuire la giusta rilevanza sia agli articoli 49 e seguenti che agli articoli 63 e seguenti TFUE. In teoria, la nozione di investimento diretto si presterebbe ad essere ricondotta nel campo di applicazione dell'articolo 49. Tuttavia, è chiaro che una tale soluzione, seppure vantaggiosa perché volta a contrastare l'ingresso nel mercato interno di investimenti extra-UE di dubbia provenienza e finalità[225], comporterebbe, in concreto, una significativa – e insostenibile – contrazione del flusso di investimenti provenienti da paesi terzi. I diritti di libera circolazione sottesi alla norma possono, infatti, essere azionati dai soli investitori UE, a differenza di quanto riconosciuto nell'articolo 63. Da qui l'inevitabile sovrapposizione tra considerazioni strettamente giuridiche e considerazioni metagiuridiche, in senso lato politiche e di ordine economico. In tale contesto, la Corte è chiamata, peraltro, a pronunciarsi circa la possibile applicazione del principio dell'abuso del diritto all'elusione e alla circonvenzione, da parte di investitori extra-UE, dei limiti connaturati all'articolo 49, dal punto di vista del suo scopo *ratione personae*.

Per quel che concerne il bilanciamento tra regole del mercato ed eccezioni d'interesse generale, la giurisprudenza sulle *golden shares* impone di riflettere su portata ed efficacia del principio di proporzionalità – con riferimento sia agli investimenti UE che agli investimenti extra-UE –, sui limiti della "*doctrine of non economic considerations*" nell'ambito delle libertà di circolazione e sulle potenzialità insite nell'articolo 106, par. 2 TFUE, intesa quale norma *antitrust* atipica, naturalmente preposta a contemperare le esigenze, privatistiche, del mercato e le garanzie sociali sottese alla prestazione di servizi pubblici essenziali.

Si auspica, pertanto, che le istituzioni europee, invece di ragionare *en passant* e incidentalmente sui vari problemi fin qui evidenziati, li affrontino finalmente "di petto" al fine di garantire maggiore certezza del

[225] *In primis* quelli effettuati dai fondi sovrani e dagli altri "nuovi" soggetti economico-finanziari apparsi a livello internazionale ed europeo; sul punto vedi i §§ 4 e 6.

diritto e pervenire ad un più equo bilanciamento tra mercato interno, autonomia privata e regolazione statale.

GLI AIUTI DI STATO ALLE IMPRESE IN TEMPO DI CRISI E LORO COMPATIBILITÀ RISPETTO ALLE REGOLE DEL COMMERCIO EUROPEO E INTERNAZIONALE

Giulio PERONI·

SOMMARIO: 1. Il contesto economico di riferimento e le questioni ad esso collegate. – 2. Gli aiuti di stato "anticrisi" alle imprese creditizie nella dimensione europea. – 3. Gli aiuti di stato "anticrisi" agli istituti di credito nella prospettiva del sistema WTO. – 4. Il sostegno pubblico alle altre imprese nella dimensione europea e internazionale. – 5. Conclusioni.

1. Il contesto economico di riferimento e le questioni ad esso collegate

Nel corso degli ultimi cinque anni (2007-2012) tanto la finanza quanto l'economia internazionale hanno conosciuto una "pesantissima" crisi[1] che ha avuto un impatto drammatico *in primis* sul settore bancario e creditizio in genere e, successivamente, in seno alla cosiddetta "economia reale", intesa come l'ambito della vita economica direttamente collegato alla produzione e alla distribuzione di beni e servizi.

Tra gli effetti prodotti dal fenomeno prima indicato, quello, probabilmente, più significativo è rappresentato dalla profonda contrazione del

· Ricercatore confermato di diritto internazionale. Università degli Studi di Milano.

[1] Molto ampia è la letteratura giuridica ed economica che si sta occupando del tema indicato nelle sue diverse declinazioni. Decisamente validi e interessanti, per comprendere le ragioni della Crisi, sono i contributi video e cartacei di diversi giuristi ed economisti impegnati sul tema, reperibili alla pagina web *http://ec.europa.eu/education/jean-monnet/doc3156_en.htm.* relativi alla Conferenza internazionale del 24 e 25 Novembre 2011 tenutasi a Bruxelles sul tema *European Economic Governance in an International Context.* E' opportuno, inoltre, segnalare come la Crisi in esame sia stata definita come una "tempesta perfetta" sull'economia da N. ROUBINI, *Perfect Storm of a Global Recession. The Project Syndicate*, consultabile all'indirizzo *http://www.economonitor.com/nouriel/2008/08/25*, uno dei pochi economisti, a livello internazionale, a prevederne lo 'scoppio' ancora prima del verificarsi degli iniziali segnali avvenuti nel corso dell'Estate del 2007. Secondo Roubini, la recessione in corso deriva dal fatto che l'attuale situazione economica non è l'effetto di una semplice crisi finanziaria, ma l'incedere contemporaneo di diverse 'bolle' speculative, immobiliari, dei mutui, del credito, dei mercati azionari, delle materie prime, che si influenzano a vicenda determinando un circolo vizioso tra economia monetaria ed economia reale.

prodotto interno lordo[2], da cui è derivato un ciclo economico fortemente recessivo che ha interessato tutti i settori produttivi (agricoltura, industria e servizi)[3] che, unitamente alla caduta dei consumi, ha, a sua volta, determinato un deciso aumento dei tassi di disoccupazione[4]. Ne è derivato, così, il pericoloso accentuarsi dei fenomeni di povertà ed esclusione sociale[5] che stanno sempre più coinvolgendo ampi strati della popolazione europea e non solo, soprattutto a livello giovanile,[6] risultando sempre più difficilmente sostenibile l'attuale situazione economica in ordinamenti a vocazione democratica come quelli degli Stati membri dell'Unione.

La Crisi, anche grazie a movimenti speculativi di particolare portata operati soprattutto dagli *hedge funds,* dai fondi di *private equity* e dai

[2] È il noto indice econometrico che esprime il valore complessivo dei beni e servizi finali prodotti all'interno di una nazione nel corso di un dato periodo di tempo, usualmente un anno. Per una dettagliata definizione di pil si veda la corrispondente voce in G. BUSSETTI, R. TABOZZI (a cura di), *Dizionario economico*, Milano, 1979.

[3] Sull'andamento del pil mondiale e, in particolare modo, di quello delle economie maggiormente avanzate (area del G7 e del G20) si vedano i dati riportati nei volumi OECD, *Oecd Economic Outlook*, Paris, 2011; IMF, *World Economic Outlook*, Washington, 2011.

[4] Si stima che nel periodo 2012-2013 la disoccupazione potrebbe attestarsi ben oltre il tetto del 10% con il rischio di ulteriori peggioramenti per le finanze pubbliche di quei Paesi nei quali sono previsti sistemi di ammortizzatori sociali di lungo periodo, come nel caso dell'Italia. Sul punto, si veda COMMISSIONE EUROPEA, *European Forecast–Autumn 2011*, *http://ec.europa.eu/economyfinance/publications.*

[5] In generale, sulle origini ed evoluzione della politica sociale europea, nonché per gli ampi spunti bibliografici si veda U. VILLANI, *La politica sociale nel trattato di Lisbona*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza sociale*, 2012, pp. 25-52. Sul tema specifico della povertà e dell'esclusione sociale, si rinvia alla relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'attuazione, sui risultati e sulla valutazione generale dell'"Anno europeo della lotta contro la povertà e l'esclusione sociale" (2010), Bruxelles, 15.3.2012 COM(2012) 107.

[6] Proprio a causa della Crisi, tuttora irrisolta, gli Stati dell'Unione, invocando la necessità di salvare le rispettive economie e di evitare situazioni di sostanziale *default,* come quello occorso alla Grecia, hanno provveduto, tramite le rispettive manovre finanziarie e di bilancio a ridurre o addirittura a sacrificare i fondi destinati all'assistenza e protezione sociale delle persone, con grave danno soprattutto per quegli individui che appartengono agli strati più deboli e disagiati della popolazione. Sul punto, si deve osservare che la Crisi economica e finanziaria non può essere invocata dai Governi quale causa di giustificazione per considerarsi in qualche modo sollevati dagli obblighi di difesa e protezione sociale a cui sono tenuti verso le persone, siano o meno loro cittadini, in quanto lo stato di necessità economica in cui gli Stati si trovano risulta il più delle volte essere stato provocato dalla condotta negligente o imprudente dei rispettivi Governi. Sul tema, si veda il contributo di P. FORGIONE, *Crisi economica e finanziaria globale e diritti dell'uomo*, in *Diritti umani, diritto internazionale*, 2009, pp. 631-636. Sul ruolo dell'esimente dello stato di necessità nell'ambito del settore del diritto internazionale dell'economia si rinvia a M. VALENTI, *Lo stato di necessità nei procedimenti arbitrali ICSID contro l'Argentina: due soluzioni contrapposte*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, pp. 114 ss.

fondi sovrani[7], in qualche modo favoriti dall'azione non sempre trasparente delle agenzie di *rating* (enti specializzati nel classificare i titoli azionari e obbligazionari di imprese e Stati secondo la loro rischiosità)[8], nella sua fase più acuta è arrivata a colpire addirittura il debito sovrano di alcuni Stati appartenenti alle economie più sviluppate del Pianeta, come nel caso di Portogallo, Irlanda Grecia e Spagna, a cui da ultimo, per cause di genere diverso, si è aggiunta anche l'Italia. Tali Paesi, oltre a fare parte del "club" degli Stati Euro, sono accomunati da forti difficoltà nel contenimento tanto del rispettivo debito pubblico, quanto del deficit della relativa bilancia dei pagamenti, trovandosi, così, tutti coinvolti, seppur con intensità diversa, nella recente crisi dei debiti sovrani.

Il fenomeno recessivo in corso, scaturito dal crollo del mercato statunitense dei mutui *subprime*[9]*,* per gli effetti negativi prodotti, diffusisi rapidamente negli altri mercati d'oltreoceano, grazie anche al commercio internazionale che ne ha rappresentato un naturale canale di trasmissione, è stato paragonato ad un altro evento, altrettanto virulento, che sconvolse l'economia e il commercio internazionale durante il secolo scorso, la nota Crisi del 1929[10]. Al fine di evitare quanto accadde a quell'epoca

[7] In tema di *hedge funds* cfr. V. LAZZARI, *Economia e finanza degli hedge funds*, in *Banca, impresa e società*, 2000, p. 383 ss.; T.A. PAREDES, *On the Decision to Regulate Hedge Funds: The Sec's Regulatory Philosophy Style and Mission*, in *University of Illinois Law Review*, 2006, p. 975 ss.; con riguardo ai fondi di private equity si veda lo studio di R. KULMS, *Private Equity. Corporate Governance Through Partnership Law?*, in *Rivista di diritto societario*, 2009, p. 438 ss.; mentre in tema di fondi sovrani si segnala F. BASSAN, *The Law of Sovereign Wealth Funds*, Cheltenham-Northampton, 2011; ID., *Una regolazione per i fondi sovrani*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2009, p. 95 ss.; A GIGANTE, A. LIGUSTRO, *Il diritto internazionale degli investimenti alla sfida dei fondi sovrani,* in *Diritto pubblico comparato ed europeo,* 2010, p. 1179 ss.

[8] Si veda T.E. LYNCH, *Deeply and Persistently Conflicted: Credit Rating Agencies in the Current Regulatory Environment*, in *Case Western Reserve Law Review*, 2009, p. 227 ss., in particolare pp. 256-267. I comportamenti delle agenzie durante la Crisi sono stati oggetto, peraltro, di un rapporto della SEC, *Summary Report of Issues Identified in the Commission Staff's Examinations of Select Credit Rating Agencies*, 2008, p. 12 ss.

[9] Si tratta di prestiti erogati, di norma per l'acquisto di immobili essenzialmente ad uso abitativo, a soggetti che non avrebbero dovuto avere accesso a forme di finanziamento in quanto sprovvisti delle garanzie necessarie a tutelare il mutuante in ordine alla restituzione, della provvista concessa, secondo gli usuali canoni di prudenza. Per una completa ricostruzione del fenomeno *subprime,* interessante è la lettura del contributo di E. MOSTACCI, *Stati finanziari e mercati sovrani: la crisi economica e gli strumenti per fronteggiarla,* in *Mercato, concorrenza e politiche sociali*, 2009, p. 305 ss., in specie pp. 306-308. Sul processo che ha portato gli istituti di credito americani e britannici ad assumere sempre più rischi nell'emissione di titoli garantiti da tale tipo di mutuo si veda, invece, F. CARLUCCI*, La grande crisi e i suoi effetti sull'Europa,* in *Rivista di studi politici internazionali,* 2011, in specie pp. 492-494.

[10] Quest'ultima derivò da una grave carenza di liquidità da parte delle banche statunitensi che avevano erogato prestiti a lungo termine, mentre la loro raccolta di fondi av-

e, precisamente, un collasso dei meccanismi finanziari con relativo decadimento dell'attività creditizia, le maggiori potenze economiche mondiali (Stati Uniti e Unione europea in testa) hanno promosso sia a livello di autorità monetarie, sia a livello di autorità economiche[11] un complesso e articolato "sistema di attività" per fronteggiare il fenomeno *de quo*, in linea, sostanzialmente, con le determinazioni assunte in occasione dei Vertici del G20[12], susseguitesi in questo ultimo quinquennio, con lo sco-

veniva a breve. A seguito di un rallentamento della produzione, le banche non furono più in grado di fare fronte ai propri impegni, né poterono rientrare dai finanziamenti concessi. Il Governo Hoover e la *Federal Reserve* statunitense lasciarono che il libero mercato facesse il suo corso, evitando di immettere nuova moneta favorendo, di fatto, il fallimento delle banche in carenza di liquidità con pesanti effetti per le imprese e le persone sia negli Usa, sia in Europa. Per maggiori approfondimenti sulla Crisi del 1929, si vedano J.K. GALBRAITH, *Il grande crollo*, Milano, 2006; C.P. KINDERBERGER, *La grande depressione nel mondo 1929-1939*, Milano, 1982. In merito ai diversi profili di contatto tra la Crisi del 1929 e quella attuale si rinvia a M. ALMUNIA, A.S. BÉNÉTRIX, B. EICHENGREEN, K.H. O'ROURKE, G. RUA, *From Great Depression to Great Credit Crisis: Similarities, Differences and Lessons,* Cambridge MA, National Bureau of Economic Research, 2009; P. KRUGMAN, *The Return of Depression Economics and the Crisis of 2008*, New York, 2009; G. SAPELLI, *La crisi economica mondiale. Dieci considerazioni,* Torino, 2008.

[11] Sul punto, va segnalato il forte attivismo della Banca centrale europea (Bce) che, inizialmente, si è limitata a ridurre progressivamente il tasso ufficiale di sconto (dal 4,25% all'1%) al fine di accrescere la massa monetaria circolante assicurando così la liquidità necessaria al sistema creditizio, nonché linee di prestito agli istituti bancari in difficoltà. Successivamente, con l'evolversi della recessione in crisi dei debiti sovrani, l'azione dell'Istituto centrale è stata diretta ad evitare il *default* degli Stati europei in difficoltà di bilancio attraverso l'acquisto di ingenti quantità di obbligazioni del relativo debito pubblico in seno al mercato secondario dei titoli sovrani. Tale condotta si è rivelata, sino a ora, l'unico strumento capace di contrastare la speculazione anche se potenzialmente idonea a favorire una monetizzazione del debito con il rischio di determinare crescita inflazionistica; proprio quello che statutariamente la Banca centrale europea è tenuta ad evitare (v. artt. 3 par 1 TUE, 127 par. 1 e 282 par. 1 TFUE, art. 2 del Protocollo sullo Statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea). Per approfondimenti sull'azione anti crisi della Bce mi si consenta di rinviare a G. PERONI, *La crisi dell'euro: limiti e rimedi dell'Unione economica e monetaria,* Milano, 2012, in particolare pp. 116-127.

[12] Si veda la Dichiarazione finale relativa al Vertice del 2012 tenutosi a Los Cabos in Messico, *http://www.governoitaliano.it/GovernoInforma/documenti/G20_Leaders_Declaration_2012.pdf*). Si tratta del Vertice, a carattere informale dei Capi di Stato e di Governo e dei rispettivi Ministri economico e finanziari, delle più importanti economie del Globo selezionate, essenzialmente, sulla base del loro prodotto interno lordo (pil). Secondo recenti stime economiche, il G20 sarebbe rappresentativo di ben il 90% del pil e di oltre i due terzi del volume degli scambi economico commerciali. Dal punto di vista giuridico, discussa è la natura delle dichiarazioni finali e degli atti di indirizzo, assunti usualmente senza alcuna formale procedura di voto, con cui si conclude tale tipo di Vertice con l'effetto di impegnare gli Stati partecipanti alla loro attuazione, seppur più su un piano politico che strettamente giuridico. Alcuni autori escludono che tali atti possono essere considerati in termini generali e astratti quali fonti di norme internazionali di *hard* o di *soft law*, rinviando, invece, la valutazione dei loro effetti giuridici a un'attenta analisi

po di pervenire a una risposta che fosse la più condivisa ed efficace possibile a livello multilaterale.

La gravità delle circostanze ha comportato, in particolare, la richiesta da parte delle imprese, quali principali protagonisti dell'economia, di adottare misure eccezionali di intervento pubblico che hanno interessato prima il settore bancario e creditizio e, successivamente, il settore dell'offerta e produzione di beni, affinché fossero assunti aiuti diretti a stabilizzare il mercato del credito, salvaguardare il tessuto produttivo e la dimensione occupazionale. Al contempo, però, il rinnovato attivismo degli Stati in economia ha riaperto inevitabilmente l'acceso dibattito tra coloro che sono favorevoli al sostegno pubblico alle imprese in difficoltà e quelli che, invece, si oppongono a quel tipo di intervento considerato di natura protezionistica e come tale contrario ai principi di libera concorrenza[13].

Il contributo in esame intende, dunque, verificare, se l'aiuto[14] degli

esegetica del testo (così A. DE GUTTRY, *The Institutional Configuration of the G-7 in The New International Scenario*, in *The International Spectator*, 1994, pp. 67-80). Altri considerano quelle dichiarazioni finali come «atti concertati non convenzionali» privi di forza giuridica vincolante, ma non di altri effetti giuridici, essenzialmente collegati al principio del legittimo affidamento e di buona fede (cfr. P. DAILLER, A. PELLET, *Droit International Public,* Paris, 2002, p. 384 ss.) o, comunque, dotati di una forza materiale che si esprime sul piano politico delle relazioni internazionali. Per approfondimenti si veda A. DI STASI, *Il G8 tra autonomia collettiva ed effettività istituzionale,* in *Comunicazioni e studi,* 2002, vol. XXII, p. 633 ss.; ID., *Il contributo del G20 e del G8 alla definizione di nuove regole dell'ordine internazionale tra effettività pseudo istituzionale e partnership di gruppo*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2009, p. 20 ss.

[13] Le posizioni suddette richiamano la classica contrapposizione tra "keynesiani" e "monetaristi", due tra le diverse scuole di pensiero economiche che più di tutte hanno influenzato lo svolgersi dell'economia internazionale del secolo scorso. Si tratta di una controversia ideologica, ben sintetizzata in uno studio di Franco Modigliani, *The Monetarist Controversy Rrevisted,* in *Contemporary Policy Issue,* 1988, pp. 6-18, in cui sostanzialmente il Premio Nobel per l'economia affermava che "I non monetaristi accettano il messaggio centrale della Teoria generale [di Keynes] e cioè che un'economia di mercato … ha bisogno di politiche di stabilizzazione, può essere stabilizzata e di conseguenza deve essere stabilizzata; mentre di converso i monetaristi pensano che non vi sia affatto bisogno di politiche di stabilizzazione e che, se anche ve ne fosse bisogno, non sarebbe il caso di farle perché esse rischierebbero di aumentare piuttosto che ridurre l'instabilità ed addirittura … che anche nel caso improbabile che queste politiche potessero essere utili, non è il caso di affidare ai governi queste responsabilità.".

[14] La nozione di aiuto di stato o di sovvenzione statale risulta essere alquanto ampia, sia a livello di diritto comunitario, sia internazionale e tale da comprendere non solo le erogazioni effettuate dagli Stati o da enti pubblici, ma anche altre e più diverse forme agevolative quali, ad esempio, i risparmi di imposta. In genere, si tende tanto nel sistema WTO, quanto in quello dell'Ue ad utilizzare termini come sovvenzione, aiuto e sussidio in maniera equivalente seppure la nozione di sovvenzione dovrebbe essere tenuta distinta da quella di sussidio (che di norma ha un significato più ristretto, limitato a particolari tipi di contributi finanziari) e di aiuto (espressione più ampia, riferendosi non solo a pre-

Stati alle rispettive imprese in crisi (creditizie e non) per contrastare la recessione in atto, sia conforme ai principi liberistici e mercantilistici che caratterizzano le norme primarie contenute nei Trattati europei e quelle volte alla disciplina del commercio internazionale, così come delineata essenzialmente dal sistema WTO. Trattandosi, sostanzialmente, di aiuti fortemente caratterizzati dall'elemento della specificità e concessi, con particolare riguardo alle imprese manifatturiere, a condizione che non vengano licenziati i lavoratori nazionali o che vengano utilizzati i fondi ricevuti unicamente per l'acquisto di materie prime e di altri fattori produttivi di origine prettamente domestica.

2. Gli aiuti di stato "anticrisi" alle imprese creditizie nella dimensione europea.

Entrando più nel dettaglio del tema, si osserva come l'Unione europea, tramite la Commissione, quale "custode" del diritto dei trattati e del Mercato unico europeo, abbia tradizionalmente assunto una posizione decisamente rigida e di chiusura nel consentire la concessione di aiuti pubblici alle imprese, materia quest'ultima regolamentata agli artt. 107, 108, 109 del TFUE[15]. Infatti, quel tipo di intervento che, *prima facie,* non viene fatto rientrare fra i tradizionali strumenti di politica commer-

stazioni positive della pubblica amministrazione), ma anche a qualsiasi forma di intervento volto ad alleviare i costi e gli oneri gravanti sul bilancio delle imprese. Sui problemi definitori indicati si veda E. TRIGGIANI, *Gli aiuti statali alle imprese nel diritto internazionale e comunitario*, Bari, 1989, p. 61 ss.

[15] L'art. 107 al par. 1 esprime il principio che gli aiuti sono incompatibili con il Mercato comune; per questo devono essere sottoposti ad un meccanismo di autorizzazione preventivo a carattere obbligatorio gestito dalla Commissione ed eccezionalmente dal Consiglio. Ai paragrafi 2 e 3 vengono, invece, delineate le ipotesi di deroga al principio d'incompatibilità, alcune operative *ipso iure,* altre sottoposte a valutazione discrezionale della Commissione. In giurisprudenza, sul principio dell'incompatibilità degli aiuti si vedano i casi: *Ferring* (C-53/00, sentenza del 22 novembre 2001, in *Racc*., p. I-9067, punto 15 e seguenti) e *Altmark* (C-280/00, sentenza del 24 luglio 2003, in *Racc*., p. I-7747, punto 74 e seguenti). Relativamente all'art. 108 si osserva come lo stesso provveda a disciplinare la procedura di controllo preventivo degli aiuti nuovi oltre al meccanismo di controllo relativo a quelli esistenti. Infine, l'art. 109 definisce il potere del Consiglio di stabilire in via generale, tramite regolamento le condizioni per l'applicazione dell'art. 108, nonché le categorie di aiuti che possono essere dichiarati compatibili, richiamando così il *quantum* disposto all'art. 103 in materia di disciplina della concorrenza. Le regole primarie suindicate sono una puntale declinazione di quanto stabilito all'art. 3 lett. TFUE in tema di corretto funzionamento del Mercato interno. In particolare, alla lettera b) ove si afferma che: "L'Unione ha competenza esclusiva nei seguenti settori: … definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno.".

ciale, ma per lo più nell'alveo della politica industriale, può costituire un concreto ostacolo alla realizzazione di un mercato effettivamente concorrenziale basato su di un *level playing field* tra le imprese[16]. Le norme indicate risultano, peraltro, complementari a quelle specificatamente previste in tema di concorrenza (artt. 101-106 TFUE) e insieme a queste ultime sono atte a impedire che le sovvenzioni di stato alterino, avvantaggiando indebitamente talune imprese o specifiche produzioni, la competizione tra operatori commerciali all'interno del Mercato comune[17], la cui completa realizzazione costituisce l'obiettivo principale del sistema unionale considerato nel suo insieme[18].

Tuttavia, la profonda recessione economica e finanziaria ha sollecitato gli Stati europei a ricorrere sempre più all'intervento pubblico[19]. Si è messo, così, a dura prova il complesso di regole posto a difesa della concorrenza e, dunque, la tenuta stessa del Mercato unico che su quell'elemento si fonda, tanto da sollevare il dubbio se, dopo la Crisi e le diverse operazioni nazionali di "salvataggio" effettuate, si potrà ancora parlare di Mercato unico, almeno come inteso originariamente dai redattori del Trattato.

Il primo pacchetto di misure previste dall'Unione europea ha riguardato il corretto funzionamento del Mercato finanziario e creditizio il quale presenta un'importanza strategica per la sua stretta interconnessione con l'economia reale. È, infatti, opinione condivisa quella per cui era ed

[16] È opportuno ricordare, come la nozione di impresa non sia definita dal Trattato sul funzionamento dell'Unione, occupandosi della questione più volte, invece, la giurisprudenza comunitaria giungendo a comprendervi al suo interno qualsiasi entità, persona fisica o giuridica, che svolga un'attività economicamente rilevante consistente, in altre parole, nell'offrire beni e servizi all'interno di uno specifico mercato. Cfr. I casi *Cassa di Risparmio di Firenze e al*., C-222/04, sent. 10 gennaio 2006, in *Racc.* p. I-289, punto 108, *Fenin c. Commissione*, c-205/03P, sent. 11 Luglio 2006, in *Racc.*, p. I-6295, punto 25; *Motoe* C-49/07, sent. 1 luglio 2008, in *Racc*., p. I-4863, punto 22.

[17] Cfr. FINGLETON, *La politica della concorrenza in tempo di crisi*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2009, p. 7 ss.

[18] Sul punto, si veda la decisione del Tribunale di Primo Grado, caso *RJB Mining plc c. Commissione*, T-156/98 del 31 Gennaio 2001, in *Racc.* p. II-337, punto 107 e seguenti per cui il peso di un'impresa sul Mercato deve essere valutato anche in funzione degli aiuti di stato ricevuti.

[19] Secondo diverse analisi (in particolare, si vedano quelli svolti dall'ufficio studi e ricerche Mediobanca consultabili all'indirizzo *www.mbres.it*) gli aiuti pubblici diretti al salvataggio delle banche e concessi a partire dal 2008 superano il tetto dei cinquemila miliardi di dollari. Di tale ammontare, la maggior parte è stata destinata a fornire garanzie agli istituti di credito a causa dei titoli tossici collegati ai mutui *sub prime* dagli stessi detenuti, per la restante parte a interventi di ricapitalizzazione. I Paesi più coinvolti risultano essere gli Stati Uniti con 600 miliardi e la Gran Bretagna con 103 miliardi impegnati in interventi di ricapitalizzazione e, rispettivamente, 1869 e 911 miliardi di dollari in garanzia delle passività.

è tuttora essenziale re-instaurare la fiducia tanto negli operatori commerciali, quanto nei risparmiatori verso il sistema del credito per consentire alle banche stesse di ricostituire un'ampia e solida base di liquidità a cui possano attingere, in particolare modo, le imprese per finanziare le rispettive attività produttive. Nel senso suddetto, ritengo vadano letti anche i recenti lavori di "Basilea III"[20], funzionalmente diretti a delineare un più incisivo quadro regolatorio, dedicato sia all'innalzamento dei requisiti patrimoniali degli istituti di credito, a garanzia della stabilità dei medesimi, sia ad uno schema di regolamentazione internazionale finalizzato a prevenire il rischio di carenza di liquidità.

Si comprende, dunque, il motivo che ha indotto la Commissione europea ad adottare una serie di comunicazioni[21] con cui sono state definite le linee d'azione che l'Unione e i singoli Stati membri sono stati chiamati a seguire per fronteggiare la stagnazione economica in corso. Si tratta, nel caso di specie, di un tipo di atto giuridico fatto usualmente rientrare nella categoria dei cosiddetti atti atipici in senso proprio, avente forma e

[20] Espressione che sta ad indicare un insieme di provvedimenti approvati dal Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria in conseguenza della crisi finanziaria con l'intento di perfezionare la preesistente regolamentazione prudenziale del settore bancario (a sua volta correntemente denominata Basilea 2), l'efficacia dell'azione di vigilanza e la capacità degli intermediari di gestire i rischi che assumono. Per approfondimenti sul tema, si vedano A. SIRONI, *Le proposte del Comitato di Basilea per la riforma del sistema di adeguatezza patrimoniale: quali evidenze dalla ricerca passata e quali implicazioni per la ricerca futura?*, in *Banca impresa società*, 2010, pp. 211–235; F. R. FANTETTI, *Basilea 3 e la stabilità del sistema bancario finanziario internazionale*, in *La Responsabilità Civile*, 201, pp. 295 – 300.

[21] Si tratta de: la Comunicazione sull'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale (cd. Comunicazione sul settore bancario – GU C 270 del 25.10.2008, p. 8); la Comunicazione sulla ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria: limitazione degli aiuti al minimo necessario e misure di salvaguardia contro indebite distorsioni della concorrenza (cd. Comunicazione sulla ricapitalizzazione – GU C 10 del 15.1.2009, p. 2); la Comunicazione sul trattamento delle attività che hanno subito una riduzione di valore nel settore bancario comunitario (cd. comunicazione sulle attività deteriorate – GU C 72 del 26.3.2009, p. 1.) e, infine, la Comunicazione sul ripristino della redditività e la valutazione delle misure di ristrutturazione del settore finanziario nel contesto dell'attuale crisi in conformità alle norme sugli aiuti di Stato (cd. comunicazione sulla ristrutturazione – GU C 195 del 19.8.2009, p. 9.). Dette comunicazioni che stabiliscono le condizioni per la compatibilità con le norme del trattato in materia di aiuti di Stato degli aiuti concessi sotto forma di garanzia, ricapitalizzazione e sostegno a fronte di attività deteriorate, nonché i requisiti per i piani di ristrutturazione o di redditività, sono attualmente in vigore anche per l'anno 2012, in forza della Comunicazione C (2011) n. 8744 del 1° dicembre 2011 (in GU C 356 del 6 dicembre 2011).

contenuti così diversi, da avere sollecitato sforzi classificatori dei differenti tipi a cui la Commissione ricorre[22].

L'utilizzo dello strumento della comunicazione ha suscitato, inoltre, nel caso di specie, diversi dubbi in dottrina, non solo per la summenzionata natura atipica, ma soprattutto per le modalità di intervento in esse previste (prestazione di garanzie a favore dei depositanti e correntisti, ricapitalizzazione degli istituti di credito e loro eventuale liquidazione controllata) e tramite le quali gli Stati membri sono stati autorizzati a sostenere gli istituti di credito che si sono trovati e si trovano ancora in sofferenza. Si tratta di misure, che mal si conciliano con il criterio dell' "investitore privato" che deve ispirare, in termini di redditività, secondo la prassi comunitaria[23], anche l'azione dello Stato quando decide di intervenire in economia[24].

Si è cercato per la precisione di stabilire con quegli atti che: gli aiuti concessi siano regredibili e come tali ridotti ed eliminati nel tempo; non

[22] In merito alla categoria delle comunicazioni, si tende a distinguere tra comunicazioni *informative,* destinate, in particolare, a favorire il dialogo tra istituzioni su temi e materie in cui si può immaginare la possibile adozione di specifici atti normativi tipici; le comunicazioni *decisorie*, inerenti ai settori in cui la Commissione risulta titolare di un potere decisorio anche a carattere discrezionale, come avviene, come già osservato, in materia di concorrenza e di aiuti di stato; le comunicazioni *interpretative*, funzionali essenzialmente a far conoscere sulla base degli sviluppi giurisprudenziali quelli che sono i diritti e gli obblighi derivanti dal sistema unionale in capo sia agli Stati, sia agli individui. Con riguardo alla categoria degli atti atipici e, in particolare, delle comunicazioni qui oggetto d'esame si veda G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, pp. 156-161.

[23] In merito a detto criterio si vedano *ex multis* le seguenti decisioni giurisprudenziali: *Italia c. Commissione* (Lanerossi I) C 303-88, sent. del 21 marzo 1991, in *Racc.,* p. I- 1433, punto 20; *Italia c Commissione* (Alfa Romeo I) C 305/89, sentenza del 21 marzo 1991, in *Racc.,* p. I-1603, punti 18-20; *Germania c. Commissione*, C 334/99, sentenza del 28 gennaio 2003, in *Racc.,* p. I-1139, punto 133 ss., *Commissione c. Scott*, sentenza del 10 aprile 2003, causa T-366/00, in *Racc.,* p. II-1763, punto 814.

[24] Soprattutto, quando lo Stato come nel caso della banca inglese *Northern Rock* (cfr. J. LEVER, *Northern Rock's Rescue State Aid*, in *Journal International Banking & Finance* 2008, p. 2 ss.) ha provveduto alla sua nazionalizzazione in una fase storica nella quale l'istituto non era in grado di agire efficacemente sul mercato del credito e di ottenere liquidità da privati. Casi simili hanno riguardato altri istituti britannici come la *Bradford and Bingley*, la danese *Roskilde bank*, la tedesca *Hypo Real estate* o più recentemente le belghe *Dexia* e *Fortis bank*. In questi casi, lo Stato ha finito per assumere non solo il controllo di fatto delle banche, ma ha provveduto ad eliminare dai relativi bilanci le passività derivanti dai titoli tossici, accollandoseli senza alcuna effettiva contropartita economica. Per un'ampia e articolata ricostruzione delle vicende relative alla concessione degli aiuti alle banche suindicate si veda D. DIVERIO, *Gli aiuti di stato al trasporto aereo e alle banche. Dalla crisi di settore alla crisi di sistema*, Milano, 2010, in specie pp. 143-171; K. LANNOO, C. NAPOLI, *Bank State Aid in the Financial Crisis: Fragmentation or Level playing Field?*, in *CEPS WP*, 2011.

vengano erogati in quantità tale da permettere al soggetto beneficiario di usufruire di una situazione di vantaggio concorrenziale che gli consenta di perseguire politiche commerciali espansionistiche e, dunque, finanziare operazioni commerciali a carattere speculativo a danno di altri operatori.

Nel complesso, l'insieme delle comunicazioni suindicate sembra introdurre significative eccezioni alla disciplina primaria degli aiuti di stato precedentemente richiamata, evidenziando la "disponibilità" da parte della Commissione di riconsiderare il proprio orientamento, tradizionalmente restrittivo, nell'ammettere il sostegno alle imprese, con conseguente "ammorbidimento" dei principi applicabili alla materia in esame. Quanto indicato pone, tuttavia, il problema della compatibilità di quegli atti rispetto alla normativa contenuta nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, in specie con riguardo all'art. 107 TFUE, par. 3, lett. b), ove si prevede la possibilità di concedere aiuti per "porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro". Detta norma costituisce la base giuridica a cui la Commissione ha fatto rinvio per giustificare le misure di aiuto adottate dagli Stati per affrontare la Crisi.

Le criticità concernono il fatto che gli aiuti ammessi, sulla base delle suddette comunicazioni, sono stati caratterizzati da un forte elemento di selettività[25] sia perché limitati, almeno all'inizio, al solo settore bancario-creditizio e non all'intera economia degli Stati membri che li hanno concessi, sia in quanto non sono stati diretti a tutte le imprese operanti sui singoli territori nazionali, ma solo a quelle di particolare interesse per l'economia interna dello Stato (erogatore) e, dunque, alle sole imprese di carattere essenzialmente nazionale[26].

[25] Cfr. G. CAPUTI, *La selettività in generale*, in *Agevolazioni fiscali e aiuti di stato,* (a cura di) G. TESAURO et al., Napoli, 2009, p. 291 ss.

[26] Sul punto si veda, ad esempio, l'articolo 8 co. 1 del Decreto legge, 6 dicembre 2011, n. 201 recante "Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici", pubblicato in GU n. 284 del 6-12-2011 - Suppl. Ordinario n. 251, sul regime di garanzia a favore delle banche italiane ove si prevede che "Il Ministro dell'economia e delle finanze, fino al 30 giugno 2012, è autorizzato a concedere la garanzia dello Stato sulle passività delle banche italiane, con scadenza da tre mesi fino a cinque anni o, a partire dal 1° gennaio 2012, a sette anni per le obbligazioni bancarie garantite di cui all'art. 7-*bis* della legge 30 aprile 1999, n. 130, e di emissione successiva alla data di entrata in vigore del decreto legge 201/2011". Si veda, inoltre, lo studio di G. CONTALDI, *Aiuti di Stato e crisi economica internazionale,* in *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia*, in *Liber amicorum* in onore di Paolo Picone, Napoli, 2011, in specie pp. 721-722 ove vengono riportate in nota alcune previsioni normative di altri ordinamenti europei che evidenziano la disponibilità degli Stati membri dell'Unione a erogare concessioni a imprese stabilite solo sul proprio territorio, con esclusione di qualsiasi tipo di intervento verso banche straniere o di filiali di istituti nazionali collocate all'estero.

I dubbi sulla legittimità degli aiuti in oggetto hanno trovato conferma anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale in più occasioni ha affermato che la situazione di crisi di uno Stato deve interessare l'economia nazionale considerata nel suo complesso, non essendo sufficiente il coinvolgimento di singoli settori o di singole regioni, poiché il turbamento dell'economia di talune aree territoriali o di determinati comparti produttivi non incide necessariamente su quella dello Stato membro interessato[27].

Alla luce di quanto sin qui esposto, emerge l'interrogativo prima accennato riguardo alla "bontà" della base giuridica su cui i provvedimenti in esame sono stati assunti. Per la precisione, più che rinviare all'art. 107, par. 3, lett. b), la motivazione a sostegno degli aiuti concessi doveva piuttosto collegarsi a quella contemplata all'art. 107, par. 3, lett. c), ove si fa riferimento ad aiuti diretti "ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche ..." sempre che, come sottolineato opportunamente da alcuno[28], la scelta della Commissione di adottare le proprie Comunicazioni sulla scorta della prima regola indicata non voglia sotto intendere l'intenzione di interpretare in senso meno rigido l'art. 107, par. 3, lett b). Ne deriverebbe, che l'inciso "turbamento dell'economia di uno Stato membro" vada letto, alla luce degli eventi occorsi e, soprattutto, dell'evoluzione della Crisi finanziaria in Crisi dei debiti sovrani, come "turbamento dell'intera economia dell'Unione". Tale lettura sarebbe una diretta conseguenza dell'introduzione della Moneta unica con cui si è giunti non solo ad una tendenziale omogeneità dei singoli mercati finanziari nazionali (effetto, a sua volta, dell'intervenuta realizzazione della libera circolazione dei capitali e dei pagamenti)[29], ma si è dato avvio ad un graduale processo di coordinamento e maggiore integrazione delle economie degli Stati membri, quanto meno di quelli facenti parte dell'Eurozona; i quali con l'adozione dell'Euro non possono più utilizzare la leva del tasso di cambio per rendere più competitive sul mercato europeo e internazionale le rispettive imprese e per riequilibrare le relative bilance dei pagamenti, in caso di deficit o disavanzo nei rispettivi conti pubblici.

[27] Così si è espressa la Corte di Giustizia in diverse sue pronunce. Cfr., ad esempio, CGCE 19 settembre 2000, causa C-156/98 *Germania c. Commissione*, in *Racc.* p. I-6857, punto 49; causa C-301/96, *Germania c. Commissione* del 30 settembre 2003 in *Racc.*, p. 1-9919, punto 66; 29 aprile 2004 causa C-278/00 *Grecia c. Commissione*, in *Racc*., p. 1-8787, punto 81.

[28] Così, ancora, G. CONTALDI, *cit.,* pp. 725-726.

[29] Sulla completa liberalizzazione dei movimenti di capitali e pagamenti si veda A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale europeo*, Milano, 2008, in specie pp. 305-310.

3. Gli aiuti di stato "anticrisi" agli istituti di credito nella prospettiva del sistema WTO.

I dubbi sollevati in merito alla legittimità agli aiuti alle banche suscitano criticità[30] non solo con riguardo al diritto dell'Unione europea, ma anche rispetto ai principi e alle regole che presiedono l'ordinamento WTO e, in particolare, il trattato GATS[31] ad esso allegato, che estende la propria competenza *ratione materiae*, seppur con dei limiti, anche al settore dei servizi finanziari[32], in forza di specifico accordo settoriale intervenuto tra gli Stati partecipanti al WTO nel corso del 1999; mentre nel caso degli aiuti alle altre imprese le criticità si pongono con particolare riguardo all'Accordo sulle Sovvenzioni e Misure Compensative (SMC) anch'esso allegato all'Accordo GATT 1994.

Giova ricordare che il sistema WTO, al fine di garantire la più ampia liberalizzazione degli scambi commerciali internazionali, si fonda sul principio generale della non discriminazione o del pari trattamento[33] che,

[30] Cfr. A. AAKEN, J. KURTZ, *Prudence or Discrimination? Emergency Measures, The Global Financial Crisis and International Economic Law*, in *Journal of International Economic Law*, 2009, pp. 859-894.

[31] Detto Accordo costituisce il primo tentativo a carattere multilaterale di realizzare la liberalizzazione in un settore quale quello dei servizi la cui regolamentazione è stata tradizionalmente considerata appannaggio dei soli Stati sovrani. Questo, in quanto, nella nozione di servizio usualmente si comprendono attività alla quali gli Stati hanno da sempre attribuito un significato assolutamente rilevante perché funzionali al raggiungimento di obiettivi generali come, ad esempio, la stabilità del sistema economico e finanziario, di norma perseguita mediante un'attenta regolamentazione dei servizi bancari e assicurativi. Sul tema, si vedano M. PANIZZON, N. POHL, P. SUAVÉ (ed. by) *Gats and the Regulation of International Trade Services*, New York, 2008; N. F DIEBOLD, *Non - Discrimination in International Trade in Services: Likeness in WTO/GATS*, Cambridge, 2010.

[32] Infatti, la liberalizzazione di quel tipo di servizi non esclude in capo agli Stati la possibilità ai sensi dell'art. II dell'Accordo in questione di "… prendere provvedimenti a titolo prudenziale … per garantire l'integrità e la stabilità del sistema finanziario". Sulla liberalizzazione dei servizi finanziari nel sistema WTO, si vedano T. COTTIER, M. KRAJEWSKI, *What Role for Non-Discrimination and Prudential Standards in International Financial Law?*, in *Journal of International Economic Law*, 2010, pp. 817-835; B. DE MEESTER, *The Global Financial Crisis and Government Support for Banks: What Role for the Gats?,* in *Journal of International Economic Law*, 2010, pp. 27-63; L. I. PÁEZ, *GATS Financial Services Liberalization: How Do OECD Members Schedules Impact Commercial Banking FDI?*, in *Journal of World Trade*, 2008; pp. 1065-1083.

[33] Detto principio, che non è null'altro che una declinazione di quello di eguaglianza degli Stati nei trattati, è posto in stretta e diretta correlazione con la realizzazione degli obiettivi fondamentali del sistema del commercio internazionale. Per definizione, infatti, non sarebbe concepibile un ordinamento giuridico multilaterale diretto a favorire la liberalizzazione degli scambi, se questo processo non coinvolgesse tutti i suoi membri, conferendo agli obblighi da esso assunti una portata generale. Sul tema, si vedano i contributi di C. DORDI, *La discriminazione commerciale nel diritto internazionale*, Milano, 2002;

tuttavia, non riceve da parte di alcuna specifica norma del GATT 1994 una formulazione astratta e di portata generale. Quel principio trova, invece, enunciazione nella clausola della nazione più favorita, accolta nell'art. I di quell'Accordo e nella regola del trattamento nazionale di cui al successivo art. III, nonché in diverse disposizioni di altri trattati allegati al GATT 1994 che prescrivono degli obblighi di non discriminazione in relazione a materie particolari[34].

In particolare, si osserva con riferimento al carattere selettivo degli aiuti comunitari agli enti creditizi come venga in rilievo l'art. XV del Trattato GATS, secondo cui "… le sovvenzioni possono provocare distorsioni negli scambi di servizi …". Tuttavia, gli Stati, a differenza di quanto avviene in materia di sostegno pubblico alla produzione di merci, materia oggetto del summenzionato Accordo SMC, sono solo invitati, in presenza di sovvenzioni "distorsive", ad avviare tra loro negoziati diretti a evitare effetti negativi per la liberalizzazione e la concorrenza nel comparto del commercio dei servizi. In altre parole, l'unico effetto che viene a prodursi è quello in virtù del quale uno Stato, che ritiene possa essere danneggiata la propria economia da una sovvenzione concessa da un altro Paese membro di quell'Accordo, può chiedere l'attivazione del meccanismo della consultazione, da svolgersi sotto l'"ombrello" normativo e istituzionale dell'Intesa sulla soluzione delle controversie commerciali (v. art XXII par. 1 GATS)[35], per addivenire con la controparte ad una soluzione sostanzialmente amichevole della lite.

In verità, nonostante in materia di aiuti pubblici al settore dei servizi non si faccia riferimento alla possibilità di ricorrere alla suindicata Intesa per procedere all'attivazione del ben più efficace meccanismo giurisdizionale, articolato nel noto sistema dei *Panels* e dell'Organo d'appello[36] con quello che ne consegue a livello di raccomandazioni e decisioni rese dal *Dispute Settlement Body* e delle relative misure di attuazione, ritengo non si possa escludere che quel tipo di intervento possa operare, nonostante l'art. XV GATS, ad una prima lettura, sembri non ammetterlo. Infatti, se la sovvenzione concessa è in grado di realizzare una violazione

E. TRIGGIANI, *Il trattamento della nazione più favorita,* Napoli, 1984; K. HYDER, *Equality of Treatment and Trade Discrimination in International Law*, The Hague, 1968; G. SCHIAVONE, *Il principio di non discriminazione nei rapporti commerciali internazionali*, Milano, 1966.

[34] In merito, cfr. P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002, in particolare, pp. 101-103.

[35] In generale, sul meccanismo di soluzione delle controversie si veda M. DISTEFANO, *Soluzione delle controversie nell'Omc e diritto internazionale*, Padova, 2001.

[36] Sul funzionamento dell'*Appellate body* e sul meccanismo del doppio grado di giudizio si rinvia a M. VELLANO, *L'organo d'appello dell'Omc*, Napoli, 2001.

del principio di non discriminazione troverebbe applicazione l'art. XXIII del GATS, che stabilisce che il ricorso al sistema giurisdizionale del WTO è azionabile da uno dei suoi Membri, qualora quest'ultimo ritenga che altro Membro sia inadempiente non solo rispetto ai suoi impegni specifici[37] (per i quali è espressamente prevista l'attivazione della procedura giurisdizionale), ma anche riguardo al mancato rispetto degli obblighi generali assunti, tra cui rientra l'osservanza del principio di non discriminazione, in virtù del valore "costituzionale" che lo stesso assume in seno al complessivo sistema WTO e come tale riferibile anche alla materia delle sovvenzioni applicate al Mercato dei servizi. D'altronde, quanto affermato non è null'altro che un effetto del principio di unità del sistema commerciale di cui all'art. 2, par. 2 dell'Accordo WTO, per cui tutti gli Accordi ad esso allegati devono essere letti e interpretati tra loro in modo integrato, in quanto i singoli comparti commerciali, oggetto di regolamentazione multilaterale, non costituiscono delle "monadi a sé stanti", ma parte di un unico sistema ove è bandita la "frammentazione" normativa per evitare pericolosi fenomeni di *free riding*.

4. Il sostegno pubblico alle altre imprese nella dimensione europea e internazionale.

L'eccezionalità della situazione economica ha comportato, come ricordato all'inizio, l'adozione di misure straordinarie di intervento pubblico a favore dell'economia reale, sulla scorta di quanto avvenuto per l'economia finanziaria. L'esigenza di intervenire nell'ambito dell'economia reale si è reso necessario per diverse ragioni, tra cui anche quella di fare da contrappeso al sostegno concesso al comparto creditizio – finanziario considerato, peraltro, come la "scaturigine" della Crisi stessa.

Per questo tipo di aiuti, autorizzati a livello unionale sulla base sempre di comunicazioni[38], come nel caso delle banche, non si è fatto ricorso

[37] Tra cui si segnala il *quantum* disposto all'art. XVII del GATS che mira, in specie, al par. 1 ad evitare discriminazioni sia *de iure,* sia *de facto,* fra servizi e prestatori di servizi nazionali e stranieri relativamente a tutte le misure nazionali concernenti le rispettive modalità di fornitura.

[38] Si tratta per la precisione de: la Comunicazione della Commissione (2009/C 83/01) – Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica; la Comunicazione della Commissione (2009/C 261/02) che modifica il quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica; la Comunicazione della Commissione (2009/C 303/04) che modifica il quadro di riferimen-

per la loro base giuridica all'art. 107, lett c) che, giova ribadirlo, appare preferibile nei casi di sostegno statale a favore di singole imprese o settori industriali che si trovino in difficoltà o richiedano piani di ristrutturazione, ma, sempre, all'art. 107, lett b); sollevando, anche in questo caso gli analoghi dubbi di legittimità che hanno caratterizzato gli aiuti concessi al comparto creditizio.

Nondimeno, va osservato che per gli aiuti all'economia reale (anch'essi caratterizzatesi in ricapitalizzazioni, acquisizioni o in concessione di prestiti molto agevolati)[39] forte è stata la preoccupazione da parte dell'Esecutivo europeo, più di quanto accaduto per il settore finanziario, di evitare che i regimi di sostegno pubblico messi in opera dai singoli Paesi membri potessero violare il diritto WTO e, in specie, l'Accordo SMC che, come visto, si applica solo alle sovvenzioni concesse alle imprese produttrici di merci e non a quelle fornitrici di servizi, soggette, invece, alle più "limitate" disposizioni contenute nel testo GATS. Quanto affermato trova specifica conferma all'interno delle comunicazioni adottate dalla Commissione con cui si è dettata la disciplina delle misure anticrisi all'economia reale, in cui si è stabilito, in estrema sintesi, che non possono essere considerate compatibili le sovvenzioni che costituiscono aiuti all'esportazione o aiuti che favoriscono i prodotti nazionali rispetto ai prodotti importati[40]. Diversamente, non sarebbero rispettati gli obblighi internazionali assunti dall'Unione europea in sede WTO, esponendosi quest'ultima, unitamente allo Stato membro interessato, ad un reclamo proponibile innanzi all'Organo di soluzione delle controversie (DSB) su iniziativa di altro Stato parte del WTO, che, a causa di quel comportamento, ritenga in qualche modo di essere stato danneggiato.

to temporaneo comunitario per le misure di aiuto di stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica. Le suddette comunicazioni sono state rinnovate e mantenute in vigore con la Comunicazione — Quadro unionale temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria (2011/C 6/05). Un quadro completo si ritrova alla pagina web *http://ec.europa.eu/competition/state_ aid/ legislation/temporary.htm*l.

[39] Per approfondimenti sul tema, con specifico riguardo a diversi profili casistici, si vedano F. BESTAGNO, *Gli aiuti di stato in tempo di crisi: il sostegno all'economia reale tra misure nazionali e piano europeo di ripresa*, in *Liber amicorum* Paolo Picone, cit., pp. 691-708; G. MEO, *Aiuti di stato e forme di risanamento d'impresa compatibili*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2011, pp. 47-66; F. FERRARO, *L'evoluzione della politica sugli aiuti di stato e il sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2010, pp. 333-355.

[40] In merito a tale tipo di sovvenzione e agli effetti distorsivi che sono in grado di produrre si rinvia a P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell'organizzazione mondiale del commercio*, cit., pp. 229-233.

L'Accordo SMC, nel fornire una definizione di sovvenzione volta a circoscriverne il campo di applicazione,[41] vieta espressamente le sovvenzioni specifiche accordate ad un'impresa o gruppo di imprese che, come tali, risultano essere discriminatorie (v. artt. 1 e 2). Il profilo della selettività dell'aiuto ha fatto sì, ad esempio, che, a livello europeo, sia stato avversato il progetto di aiuto predisposto dal Governo francese a sostegno della rispettiva industria automobilistica,[42] la cui concessione era condizionata all'impegno dei beneficiari a investire e procedere ad acquisti di merci in seno al mercato dell'auto transalpino. Lo stesso tipo di preoccupazione non sembra, invece, avere caratterizzato l'azione del Governo americano che, con riferimento alla propria industria automobilistica ha adottato misure dirette a sostenere la produzione delle sole '*Big Three'* statunitensi[43] e, con il più ampio programma di stimolo all'economia, noto come '*Buy american*' (*American Recovery and Reinvestment Act of 2009* - ARRA)[44], seppur successivamente in parte modificato a causa delle forti pressioni europee, ha previsto la possibilità di erogare fondi federali per progetti infrastrutturali legati all'acquisto di acciaio e ferro prodotti solo col marchio «Made in Usa».

La scelta americana, pur sollevando evidenti dubbi di legittimità rispetto al diritto WTO, appare dal punto di vista della politica industriale e commerciale strategicamente efficace se si considera il fatto che non sono state intraprese, sino ad ora, iniziative giurisdizionali in seno al *Dispute Settlement Body* del WTO per sindacare la legittimità di quegli interventi pubblici, diretti a fronteggiare la Crisi in atto, e adottati tanto sull'una, quanto sull'altra sponda dell'Atlantico.

41 Sul punto, si veda V. DI COMITE, *La nozione di sovvenzione nell'Omc alla luce dell'interpretazione offerta dai panels e dall'organo di appello,* in *Diritto del commercio internazionale*, 2005, pp. 245-281.

42 Sull'azione di sostegno alla propria economia da parte del Governo francese si veda E. MOSTACCI, *Quanto è lontana Valmy: caratteri e limiti delle "contromisure" francesi alla crisi economica*, in G. CERRINA FERONI e G.F. FERRARI (a cura di), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*; con specifico riguardo al settore automibilistico, si rinvia a G. FIORITO, *La crisi del settore automobilistico e le misure di sostegno dei paesi industrializzati,* in *Economia e Poltica Industriale,* 2009, pp**.** 171-180.

43 Si tratta delle case automobilistiche Ford, General Motors e Chrysler. Sugli aiuti concessi all'industria americana delle auto si veda P. INGRASSIA, *Crash Course: The American Automobile Industry's Road from Glory to Disaster*, New York, 2010.

44 In merito, si veda J. LINARELLI, *Global Procurement Law in Times of Crisis: New Buy American Policies and Options in the WTO Legal System*, in S. L. ARROWSMITH (eds.) *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge, 2001, pp. 773-802; S. IBANEZ MARSILLA, *Recent Stimulus Packages and WTO Law on Subsidies*, in *World Custom Journal*, 2009, p. 63 ss.

5. Conclusioni

Il quadro complessivo delineato nei precedenti paragrafi e, non ultimo, l'atteggiamento sopradescritto inducono a domandarsi se tra i diversi effetti prodotti dalla Crisi vi sia stato anche quello di aver favorito l'affermazione di una qualche forma di "acquiescenza" da parte degli Stati verso quelle misure di sostegno concesse alle imprese in difficoltà che si pongono in contrasto con il diritto commerciale europeo e internazionale per il contenuto protezionistico – discriminatorio che le caratterizza.

Sul punto, ritengo opportuno rammentare che in diritto internazionale, la dottrina oscilla fra l'inquadramento dell'acquiescenza in tacito consenso e il tentativo di inserirla nell'istituto della prescrizione. Seppure l'inquadramento nell'una piuttosto che nell'altra categoria sollevi, comunque, dei dubbi (nel primo caso, la difficoltà di concepire una volontà tacita degli enti collettivi, nel secondo caso la difficoltà di individuare il tempo necessario, affinché maturi l'esaurirsi di un diritto) rimane il fatto che l'acquiescenza viene a sostanziarsi in un comportamento di fatto che descrive l'assenza di una volontà contraria verso una certa situazione, giuridicamente rilevante, quando "tenuto conto delle circostanze del caso ed anzitutto della pubblicità della pretesa e della notorietà della situazione era da attendersi la manifestazione contraria se vi fosse inteso opporsi a quella pretesa o a quella situazione"[45].

Si tratta, in estrema sintesi, non del "silenzio in generale", ma di un "silenzio qualificato", in altri termini, quello di chi ha diritto ad opporsi verso una pratica che lo danneggia. La sua sfera di rilevanza concerne non solo la materia dei diritti soggettivi, ma anche l'assetto di determinati sistemi normativi.[46] Nel primo caso, la mancanza in diritto internazionale di una norma che fissi il necessario termine prescrizionale dei diritti soggettivi fa sì che l'acquiescenza si sostituisca alla prescrizione; nel secondo caso, può concretizzarsi in una modificazione di certe norme di un dato sistema ordinamentale (quale nel nostro caso il diritto UE e WTO) da parte di soggetti ad esso parte, che ben potrebbero addivenire al medesimo risultato tramite un accordo tra loro, con l'effetto che l'acquiescenza viene a sostanziarsi in una particolare forma di accordo modificativo. Se tale atteggiamento si consolidasse, nel settore del commercio internazionale, si verrebbero ad ampliare implicitamente, a mio

[45] Così G. SPERDUTI, *Prescrizione, consuetudine e acquiescenza in diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1961, p. 38 ss., in specie p. 8.

[46] Sul punto, si veda, sempre, G. SPERDUTI, cit., p. 11.

parere, i margini, sino ad ora consentiti, di restrizione agli scambi che, tradizionalmente, sono collegati al solo uso dei dazi *anti-dumping* e delle misure di salvaguardia, peraltro applicabili solo in presenza di determinate condizioni[47].

Si favorirebbe, in conclusione, inevitabilmente, il ritorno a forme più marcate di protezionismo dall'indubbio impatto negativo sul sistema degli scambi commerciali multilaterali; proprio quello che sia il diritto del commercio internazionale, sia quello comunitario hanno sempre cercato di combattere e vincere sin dalla loro origine.

[47] Cfr. P. PICONE, A. LIGUSTRO, cit., pp. 254-258 e 296-304.

SECONDA SESSIONE PARALLELA

LE NUOVE SFIDE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E PROCESSUALE EUROPEO

THE LAW APPLICABLE TO INTERMEDIATED SECURITIES AND TO ISSUES OF LIABILITY IN THE INTERMEDIATED SECURITIES HOLDING SYSTEM

Herbert KRONKE·

SUMMERY: 1. Introduction. – 2. Substantive law. – 2.1. History: securities holding at arm's length. – 2.2. Dematerialization, immobilization – 2.3. Conceptual analysis. – 2.4. Problem areas. – 2.5. Main features of the UNIDROIT Convention. – 3. The law applicable to intermediated securities. – 3.1. International and supra-national sources, in particular the Hague Securities Convention. – 3.2. National conflict-of-laws rules. – 4. Contractual and extra-contractual liability. – 4.1. Conflicts rules. – 4.2. What type of liability? Characterization and substantive (domestic and uniform) law. – 5. Conclusions – and which new rules for Europe?

1. Introduction

It begs an explanation why a conference devoted to "L'Unione Europea a vent'anni da Maastricht: Verso nuove regole" would also address a topic where, firstly, the European legislator is not a primary source of innovation or inspiration but which is by its very nature of global importance and which is, secondly, due to its technicalities and its banking law background exceedingly hard to present (and to digest) in a forum of internationalists. Asking the question implies already the answer: because the need for legal certainty in an area where in most countries there are, if any, few and conceptually outdated rules is not less but equally or even more pressing in a single market for financial instruments and financial services than it is globally. The other reason why the presidency of the SIDI may have chosen to put the topic on the agenda of its annual conference is that there are two instruments on the law of intermediated securities awaiting implementation at the domestic (and the European) level that have been elaborated under the auspices of two intergovernmental organisations with triple-A rating among private-

· Professor of law, Heidelberg University, and Arbitrator, Iran-United States Claims Tribunal, The Hague; former Secretary-General, UNIDROIT, Rome.

international-law scholars: the Hague Conference on Private International Law and the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT).

Another introductory remark concerns the language of this paper. While the programme announces it in Italienglish as "La legge applicabile alla responsabilità e alla disciplina delle intermediated securities" I shall stick to English as one of the official languages in which both the Hague Convention and the UNIDROIT Convention have been negotiated and adopted. It may be of interest that during the negotiation process even French native speakers on many occasions resorted to English, at least to the extent that they were practitioners who represented the financial industry on their respective delegation.

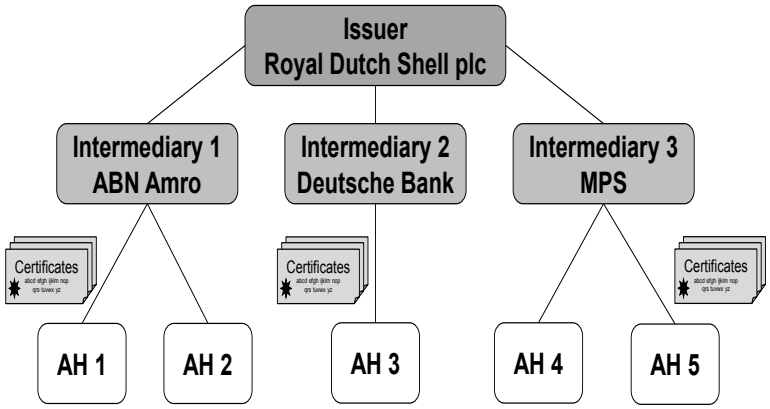
2. Substantive law

While the title of this paper focuses on the conflict-of-laws aspect, the commercial and technical background and the relevant issues are better understood if approached from the angle of substantive law – both as regards the shortcomings of the current *lex lata* in many jurisdictions and the challenges encountered and the solutions adopted by the UNIDROIT Convention on Substantive Rules for Intermediated Securities, adopted in Geneva on 9 October 2009[1].

2.1. History: securities holding at arm's length

Traditionally, both the technical organisation of securities holding and the institutions and rules of private law applicable were straightforward and easy to understand. For example, a company listed and whose shares were traded on a stock exchange issued a certain number of (new) shares. Those shares were certificated, i.e. the shareholders' legal position was represented by tangible paper instruments, that were held by account holders (investors) and deposited with their intermediaries (banks or brokers).

[1] H. KANDA/C. MOONEY/L. THÉVENOZ/S. BÉRAUD ASSISTED by T. KEIJSER, *Official Commentary on the UNIDROIT Convention on Substantive Rules for Intermediated Securities* (Oxford 2012).



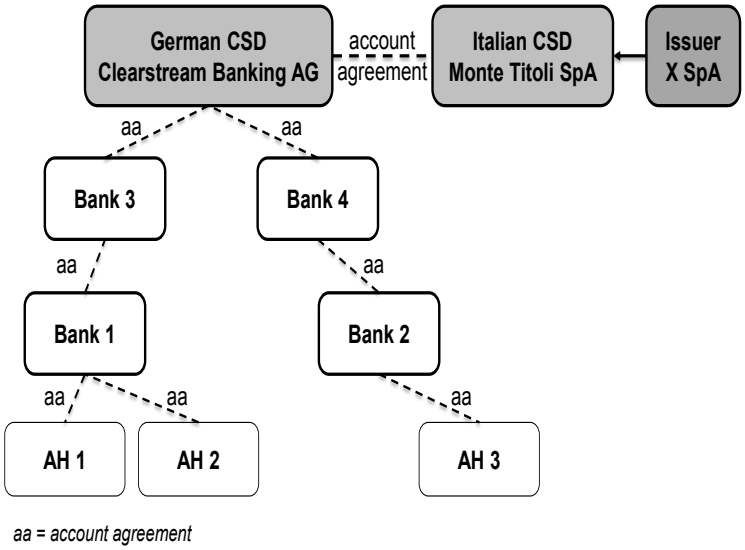
A sale and purchase transaction could be carried out as a sale and purchase of any other movable: the seller delivered the certificate representing the underlying security (e.g. a share or a bond) against payment of the purchase price. The delivery transferred, subject to qualifications flowing from the type of security and varying according to the applicable national law, title in the securities (settlement). The providing of securities by a borrower/security provider to a lender/security taker, e.g. as collateral for a loan extended by the latter to the former, followed *cum grano salis* the same rules.

2.2. Dematerialization, immobilization

At some point, the sheer volume of paper certificates had become too expensive and too cumbersome to handle: the "paper crunch" occurred. Various legal systems, the avant-garde being Denmark and France, reacted employing varying techniques, notably "dematerialization" and/or "immobilization": no certificates at all or, at least, a whole issue represented only in one "global note" and deposit of the entire issue only with one institution, the "central securities depositary" (CSD) – mostly one for each country[2]. Yet the intermediated holding

[2] For an overview, see *R. Goode,* The Nature and Transfer of Rights in Dematerialised and Immobilised Securities, in: F. ODITAH (ed.), *The Future for the Global Securities Market: Legal and Regulatory Aspects* (Oxford 1996) 107; L. GULLIFER/J. PAYNE (eds.), *Intermediated Securities – Legal Problems and Practical Issues* (Oxford/Portland, Ore. 2010). For Italy, R. LENER*, La "dematerializzazione dei*

system is complex because not only individual investors are account holders – and hold their securities on the basis of account agreements with their bank – but also banks who hold (their own and their clients') securities with other banks. The system resembles a chain or a pyramid. Today, as regards dematerialization, electronic book entries have widely replaced certificates. In parallel, markets for financial instruments have become trans-border. Individuals and banks and other financial institutions (including CSDs) enter into account agreements and hold their assets through intermediaries in other countries. For example, an issue by an Italian issuer X SpA into the system via the Italian CSD might look like this:



A last feature which needs to be mentioned is that securities accounts are largely so-called omnibus accounts, i.e. not accounts of individual investors but of that particular intermediary's clients' holdings of classes of financial instruments, such as Royal Dutch Shell or Daimler or Edison shares.

titoli azionari e il sistema Monte Titoli (Milano 1989); M. CIAN, *Titoli dematerializzati e circolazione cartolare* (Milano 2001).

2.3. Conceptual analysis

The difficulty facing non-national legislators in their endeavours of creating a transnational legal framework for these holding patterns is the different analysis of what an investor/account holder "has". This is a well-known operation for conflicts lawyers which we call characterization. In most civil-law jurisdictions, such as Italy, Germany, France, Japan and others, the account holders' position is that of "owners" (or co-owners of pooled securities), and, importantly, there is ownership (or co-ownership) at each level up the chain from the ultimate account holder to the various levels of intermediaries to the CSD at the top. Other countries of the civil-law tradition, such as Spain, Brazil and China, but also the Nordic countries share the characterization as ownership, yet make appropriate provision only at the top level, the CSD (where the investors maintain individual accounts), whereas the banks, brokers, etc., at the lower levels are not considered intermediaries but book-keepers, information forwarders, and providers of other services. A third group of legal systems, i.e. England and other common-law countries, conceptualize the relationship from one level to the next as a trust where *legal* ownership exists only at the top and each intermediary holds as trustee for the *beneficial* owner below[3]. Lastly, the model adopted in 1978 in the United States when Article 8 UCC was developed in reaction to a systemic crisis triggered by the insolvency of one intermediary is the concept of the security "entitlement", a wholly novel and artificial concept consisting of a defined bundle of rights which in sum make up what the investor "has".

2.4. Problem areas

The problems that arose when direct holding was replaced by intermediated securities holding are many. Some legal systems reacted creating new rules, either rules of law or arrangements expressed in general conditions of contract issued by the intermediaries and subject to the courts' scrutiny. For example, intermediaries were granted a right of use of securities held by their clients with those intermediaries. But what was to happen when an intermediary pledged more of a client's/account holder's securities to a pledgee than that particular account holder

[3] For a comparative overview with reports from ten jurisdictions as well as the Hague Convention and the preliminary draft UNIDROIT Convention, see Unif. L. Rev. 10 (2005) 1-442.

actually held as co-owner of a pool of securities in an omnibus account? Or what was to happen if an unsecured creditor of an insolvent account holder tried to attach that account holder's "part" of a (omnibus!) securities account at a higher tier within the pyramid? Some legal systems had rules prohibiting upper-tier attachment, but many had none. Bad as the situation was (and is) domestically, it became ever more untenable in cross-border cases where, for example, the account holder was a resident of one country, its intermediary's place of business was in another country, a secured creditor to whom securities were pledged was located in a third country, etc.? As is obvious, a court seised of a dispute in such a case needs, firstly, modern conflict-of-laws rules and, secondly, substantive-law rules (contract law, property law, corporate law, insolvency law, regulatory law) that are adequate.

2.5. Main features of the UNIDROIT Convention

The solution found to address the large variety of conceptual approaches (*supra* II 3) was the masterpiece of the fathers and mothers of the Geneva Convention on Substantive Rules. The Convention refrains from using technical – and, therefore, necessarily conceptually connoted – language opting instead for a functional approach that describes in Article 9 the account holders' legal position in every-day English.

Article 9 Intermediated securities

1. The credit of securities to a securities account confers on the account holder:

(a) the right to receive and exercise any rights attached to the securities, including dividends, other distributions and voting rights:

(i) if the account holder is not an intermediary or is an intermediary acting for its own account; and

(ii) in any other case, if so provided by the non-Convention law;

(b) the right to effect a disposition under Article 11 or grant an interest under Article 12;

(c) the right, by instructions to the relevant intermediary, to cause the securities to be held otherwise than through a securities account, to the extent permitted by the applicable law, the terms of the securities and, to the extent permitted by the non-Convention law, the account agreement or the uniform rules of a securities settlement system;

(d) unless otherwise provided in this Convention, such other rights, including rights and interests in securities, as may be conferred by the non-Convention law.

2. Unless otherwise provided in this Convention:

(a) the rights referred to in paragraph 1 are effective against third parties;

(b) the rights referred to in paragraph 1(a) may be exercised against the relevant intermediary or the issuer of the securities, or both, in accordance with this Convention, the terms of the securities and the applicable law;

(c) the rights referred to in paragraph 1(b) and 1(c) may be exercised only against the relevant intermediary.

3. If an account holder has acquired a security interest, or a limited interest other than a security interest, by credit of securities to its securities account under Article 11(4), the non-Convention law determines any limits on the rights described in paragraph 1 of this Article.

Secondly, the Convention accommodates both "classic" intermediated and so-called "transparent" systems. In the former the law focuses exclusively on the legal relationship between an account holder and *its* (immediate) intermediary, i.e. in the case of an individual investor at the bottom of the pyramid on that account holder's rights and obligations vis-à-vis its bank. Conversely, in transparent systems (e.g. Brazil, China, Spain, the Nordic countries) the law "looks through" the tiers of intermediaries between the CSD at the top and the ultimate investor at the bottom, who ideally maintains his securities account as such – and, therefore, his securities – at the top. Article 7 of the Convention provides for a declaration that identifies the role of entities "other than the relevant intermediary".

Thirdly, in Chapter III the Convention provides for the acquisition and disposition of securities, transfer of title, effectiveness in insolvency, good-faith acquisition, and priorities. Here, the key feature is the book entry replacing the delivery of certificates in the pre-dematerialization age.

Fourthly, the Convention devotes its Chapter IV to the "Integrity of the intermediated holding system", including – and here the title of this paper resounds – rights and duties of intermediaries and obligations and liability of intermediaries.

Fifthly, Chapter V contains special provisions in relation to collateral transactions. And again, rights, duties and obligations of collateral takers are specifically addressed.

3. The law applicable to intermediated securities

3.1. International and supra-national sources, in particular the Hague Securities Convention

Sharp observers with comparative insight into the changes of commercial law and technical arrangements had – as early as 1980 – drawn the conflict lawyers' attention to the fact that the traditional connecting factor of the place where the share (or bond) certificate was physically located, thereby indicating the *lex rei sitae* as the law governing property interests in financial instruments, had become ever more questionable[4]. Characterizing certificated, fungible bearer shares as movables was functionally quite appropriate. But faking that electronic book entries were tangible "things" became ever less convincing. How outdated the law was became clear in cases arising out of the collapse of Robert Maxwell's empire. In *Macmillan Inc. v. Bishopsgate Investment Trust plc and others*[5], Justice Millett, as he then was, brilliantly analysed the various options (applicability of the *lex situs,* the *lex societatis* [*incorporationis*], the *lex loci actus*) and solutions world-wide, some functionally adequate, others not. The learned judge concluded that the law of the place where the book entries had "created" the interest was to govern. Although – or because – on appeal, the Court of Appeal retreated to the trench of the *lex situs*[6], practitioners, industry, scholars and governments were alerted and, after relatively speedy negotiations, the 2006 Hague Convention on the Law Applicable to Certain Rights in

[4] U. DROBNIG, *Vergleichende und kollisionsrechtliche Probleme der Girosammelverwahrung von Wertpapieren im Verhältnis Deutschland-Frankreich*, in: H. BERNSTEIN/U. DROBNIG/H. KÖTZ (ed.), *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag* (Tübingen 1981) 73. More recent D. EINSELE, *Wertpapierrecht als Schuldrecht* (Tübingen 1995) 392 et seq. H. KRONKE, *Capital Markets and Conflict of Laws*, Rec. Cours 286 (1999) 245, 320.

[5] [1995] 1 WLR 978.

[6] [1996] 1 WLR 387 and comment by LORD MILLETT, *Foreword*, in: R. POTOK (ed.), *Cross Border Collateral: Legal Risk and the Conflict of Laws* (London 2002) V.

Respect of Securities held with an Intermediary (Hague Securities Convention – HSC) was adopted[7].

The Convention's scope is limited and covers essentially "property law" aspects. According to Article 2 (1) HSC it determines the law applicable to the legal nature and the effects against the intermediary and third parties of the rights resulting from book entry, to dispositions, to perfection requirements, etc. Article 2 (3) provides that the scope does *not* encompass rights and duties, arising from book entry if contractual or otherwise personal *nor* do contractual or other personal rights and duties of parties to a disposition fall within the Convention's scope.

The only provision relating – indirectly – to issues of liability of an intermediary is Article 2 (1) (e). This paragraph is concerned with the duties of an intermediary faced with competing claims to an interest in securities held with that intermediary. The Convention law, i.e. the law determined pursuant to Article 4 (party autonomy: law agreed in the account agreement) or Article 5 (fall-back rules: place of the relevant intermediary, subject to certain qualifications), governs in particular whether so-called upper-tear attachment (*supra* II 4) is permissable. Given the systemic risks flowing from attempts to reach an investor's assets not at the level of that investor's immediate ("relevant") intermediary but at some higher tier in the pyramid, the provision's objective is important. However, in a world where even highly developed legal systems have no substantive rule regarding the situation at all, the conflicts rule runs, obviously, idle.

So far, there are only two Contracting States, Switzerland and Mauritius. Rumor has it that the United States of America are currently considering ratification.

[7] R. GOODE/H. KANDA/K. KREUZER with the assistance of CHR. BERNASCONI, Hague *Securities Convention – Explanatory Report* (The Hague 2005). For Italy, see S. BARIATTI, *Considerazioni sui rapporti tra la convenzione dell'Aja sugli strumenti finanziari detenuti attraverso un intermediario e il diritto communitario*, in: *Studi in onore di Umberto Leanza* (Napoli 2008) 841, and in relation to collateral transactions the exhaustive monograph by A. GARDELLA, *Le garanzie finanziarie nel diritto internazionale privato* (Milano 2007). The international literature is abundant. For a few national evaluations, see the contributions in A. BONOMI/E. CASHIN RITAINE/B. VOLDERS (eds.), *La loi applicable aux titres intermédiés: La Convention de La Haye du 5 Juillet 2006. Une opportunité pour la place financière suisse* ? (Geneève etc. 2006) ; D. EINSELE, *Das Haager Übereinkommen über das auf bestimmte Rechte im Zusammenhang mit zwischenverwahrten Wertpapieren anzuwendende Recht, WM* – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 2003, 2349; F. GARCIMARTÍN ALFEREZ, *El Convenio de La Haya sobve la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario*, Rev. der. bancario y bursatil 2003, 163.

Two legislative acts of the EC/EU are concerned with discrete subject-matter areas of intermediated financial holdings and only limited types of financial operators or transactions: the Settlement Finality Directive[8] and the Financial Collateral Directive[9].

The UNIDROIT Convention does not deal with conflict-of-laws issues at all. Article 2 (a) states that the Convention applies whenever the applicable conflict of laws rules designate the law in force in a Contracting State (that is, of the UNIDROIT Convention) as the applicable law. In other words, this instrument defers to private international law, be it the Hague Convention, be it domestic law, be it statutory, be it judge made. The meaning of Article 2 (b) remains a mystery to the present writer[10]. However, an observer at the negotiations believed in it's making sense, and the diplomatic Conference adopted it.

3.2. National conflict-of-laws rules

Belgium and Luxembourg, homes to the International Central Securities Depositories (ICSDs) Euroclear and Clearstream, were leaders in embracing the new commercial and technological facts in their relevant legal framework; the applicability of the law of the account keeper was their obvious solution[11]. In the United States, the 1994 revision of the Uniform Commercial Code (UCC) brought section 8-110 on the conflict of laws[12]. All those provisions as well as § 17 a of the German law on securities custody (*Depotgesetz*)[13], again, have limited scope in that they identify the law governing proprietary aspects, mainly the effectiveness of dispositions.

[8] Directive 1998/26/EC of 19 May 1998 on Settlement Finality in Payment and Securities Settlement Systems.

[9] Directive 2002/47/EC of 6 June 2002 on Financial Collateral Arrangements. On the conflict-of-laws aspects A. GARDELLA (n. 7). *On the substantive-law-issues* T. KEIJSER*, Financial Collateral Arrangements* (Deventer 2006).

[10] *H. Kronke,* Das Genfer UNIDROIT-Übereinkommen über materiellrechtliche Normen für Intermediär-verwahrte Wertpapiere und die Reform des deutschen Depotrechts, WM-Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 2010, 1625, 1627. That provision reads: „[This Convention applies whenever] (b) the circumstances do not lead to the application of any other than the law in force in a Contracting State."

[11] Cf. H. KRONKE (n. 4) 318 et seq.

[12] J. S. ROGERS*, Conflict of Laws for Transactions in Securities Held Through Intermediaries*, 39 Cornell Int'l L. J. 285 (2006).

[13] D. SCHEFOLD*, Grenzüberschreitende Wertpapierübertragungen und Internationales Privatrecht*, IPRax 2000, 468.

The most recent piece of national legislation in the area is Article 108 c of the Swiss Federal Private International Law Act (SPILA)[14], which reads: "The law applicable to intermediated securities is determined by the Hague Convention of 5 July 2006 on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary." This was a bold yet far-sighted and absolutely rational step because, at the time when the SPILA was amended so as to address the issue, the HSC was simply the most advanced set of rules available. Again, however, the scope of the solution is limited to matters of property law.

4. Contractual and extra-contractual liability

4.1. Conflicts rules

In relation to contractual liability the primary source for courts in EU Member States is Regulation (EC) No. 593/2008 (Rome I). Making use of the principle of party autonomy (Article 3) at least German banks and the German CSD in their general conditions of contract make provision for the applicability of German law. Though no research has been carried out on this issue, it seems safe to assume that financial institutions in other countries do likewise. In the absence of choice, Article 4 (b) of Regulation No. 593/2008 leads to the same result. Another provision, Article 4 (h), addresses the situation where contracts for the purchase and sale of financial instruments – in other words, contracts preceding or underlying the transactions for the realization of the proprietary law aspects on which both the Hague and the UNIDROIT Conventions are focused – are carried out through a central counterparty and governed by a single law. However, according to Recital (18) the scope of Article 4 (h) is not necessarily confined to that kind of technical arrangement. While instances of tort claims in connection with intermediated securities will remain rare exceptions (one may think of fraud), within the EU the governing law will then be determined by reference to Regulation (EC) No. 864/2007 (Rome II).

[14] See commentary by *F. Guillaume,* in: *H. Kuhn/B. Graham-Siegenthaler/L. Thévenoz* (eds.), The Federal Intermediated Securities Act (FISA) and the Hague Securities Convention (HSC) (Berne 2010) Art. 108 c SPILA.

4.2. What type of liability? Characterization and substantive (domestic and uniform) law

The most modern and comprehensive body of substantive law which a European legislator enacted in response to the passage from direct holding of certificated securities to intermediated holding patterns is the Swiss Federal Securities Act (FISA) of 3 October 2008[15] which entered into force on 1 January 2010 simultaneously with the Hague Securities Convention – the latter not as such but only for Switzerland. Article 33 FISA addresses the main problem area, the liability of a custodian within the complex, multi-tiered structure of intermediation. According to Article 33 (1) a custodian is liable for the loss caused to an account holder in relation to the custody or transfer of intermediated securities, pursuant to the provisions of the Code of Obligations, unless otherwise provided in Article 33. The reference to the CO means, firstly, that the contractual relationship is characterized as mandate (Articles 398 et seq. CO) – as all civil-law jurisdictions will probably agree. And it means, secondly, that the general rules on non-performance (Articles 97 et seq. CO) govern any issues of the intermediary's liability.

Of utmost importance are subparagraphs (2) to (5) of Article 33 FISA. These provisions address specifically the multi-tier structure to the extent that they reflect a (national and cross-border) division of labour in the financial services industry. According to Article 33 (2) a custodian which is authorised to hold intermediated securities with a sub-custodian is liable for any failure to exercise due care in the selection and instruction of the sub-custodian and in verifying its continued compliance with the selection criteria. While the first limb of the rule reflects the commonly known principle of (limitation to) *culpa in eligendo vel instruendo,* its extension into a duty of constant supervision and liability for failure to do so is significant. The matter was also discussed during the negotiations for the UNIDROIT Convention, but eventually not taken up by the Convention's general provision on liability, Article 28 (*infra*). Article 33 (3) FISA acknowledges that account holders may have expressly designated the sub-custodian contrary to the custodian's advice. Article 33 (4) makes provision for a particularly close and long-standing business relationship between a custodian and its non-performing sub-custodian (lit. a) or the sub-custodian's being part of the same group of companies as the custodian

[15] Detailed commentary by H. KUHN/B. GRAHAM-SIEGENTHALER/L. THÉVENOZ (n. 14).

(lit. b). Article 33 (5) is a typical example of a unilaterally suppletive provision – only agreements deviating from the rule in favour of investors are valid.

Turning to relevant provisions of the Geneva Convention, it is important to note that its drafters from the outset had opted for a minimalist approach[16], i.e. in favour of proposing uniform law only with respect to key issues (such as the role of book entries into securities accounts, the finality of book entry transfers and irrevocability of instructions, preclusion of upper-tier attachment and adequate loss allocation, etc.) rather than attempting to come up with a model code on custody, clearing, settlement and collateral transactions. There was agreement that many other issues could be left to non-uniform domestic law. It was that strategic decision which eventually led to numerous – twenty-nine to be precise – references to the "non-Convention law" throughout the text of the Convention. Article 1 (m) reads: "'non-Convention law' means the law in force in a Contracting State referred to in Article 2, other than the provisions of this Convention". In other words, subject to specific provisions of the Convention, the whole body of the law of contractual and extra-contractual liability of a Contracting State stands to be applied by a court seised of a dispute by a party involved (most frequently an account holder asserting to have been harmed).

Relevant provisions of the Convention are to be found in Chapter IV ("Integrity of the intermediated holding system"). Following an important inroad into what used to be a no-go area for transnational commercial law, namely Article 21 providing for the effectiveness of rights and interests of account holders in the insolvency of the relevant intermediary, and the prohibition of upper-tier attachment in Article 22 (see *supra* II 4), there are three provisions that impose specific duties on intermediaries: Article 23, which prohibits, subject to certain qualifications, the intermediary to give effect to instructions given by a person other than the account holder. Article 24 requires the intermediary to hold or have available securities of an aggregate number or amount equal to the aggregate number or amount of securities of the same description credited to accounts it maintains. Non-performance of this obligation triggers Convention imposed duties to remedy the situation. But it entails, obviously, also claims for damages or other

[16] The UNIDROIT Study Group on Harmonised Substantive Rules Regarding Indirectly Held Securities – Position Paper August 2003, UNIDROIT 2003, Study LXXVIII Doc. 8, 6, 16 et seq.

relief available under applicable non-Convention law. Article 25 protects account holders providing the allocation of securities to an account holder's rights to the extent necessary to ensure compliance with Article 24 (1) (a). The corner stone of the chapter, viewed from the angle of this paper's topic, is Article 28 ("Obligations and liability of intermediaries"). According to Article 28 (1) the "obligations of an intermediary under this Convention … may be specified by the non-Convention law, the account agreement", etc. Article 28 (2) states that compliance with relevant non-Convention law satisfies the respective treaty obligations. Finally, sub-paragraph 4 of Article 28 surprises with its rather timid and investor-unfriendly statement regarding the applicable standard of care: an intermediary may not exclude liability (only) for its gross negligence or wilful misconduct. It is fair to assume, however, that the non-Convention law of developed countries and in particular Member States of the European Union will go well beyond the minimum standard agreed in Geneva.

The optional Chapter V with special provisions in relation to collateral transactions completes the pattern of investor protection by strict regulation of a collateral taker's right to use collateral securities (Article 34) and by stating standards of commercial reasonableness regarding the enforcement of the collateral taker's rights.

5. Conclusions – and which new rules for Europe?

What has been achieved? A remarkable degree of globally shared analysis of problems and a degree of harmonisation in the areas of property law and insolvency law considered by many utopic only ten years ago. Ironically – and surprisingly – less in relation to advancing private international law. In a historical perspective it was plausible to embark first on the process of negotiating a state-of-the-art conflicts rule. Obviously, the subsequent deeper analysis and the better understanding of the underlying technical and commercial issues as well as the structure and the objectives of existing solutions would have greatly benefitted the Hague negotiations. But who knows whether governments would have mustered the courage to tackle the substantive-law issues without having first passed, guided by industry, the elementary exam? For the avoidance of doubt, the conflict-of-laws framework assembled at the Hague is, in the present writer's view, the best and most functional result that could be achieved at the time, and the political maneuvering, that kept it hostage of certain special interests is regrettable. Is more

substantive harmonisation desirable? At the global level not for the time being.

What was, what is and what will be the role of the European Union on the global stage? Looking back, we see a long and winding road: from absenteeism to co-operative learning and catching up to arrogant eurocentrism to obvious lethargy. Consultation papers, which never went beyond what had been achieved – at that stage with the Commission's and the ECB's positive and constructive involvement – in the global fora, followed by germs of a Directive, followed again by (historically justifiable – 2009/2011!) silence due to changed priorities of the Directorate in charge, followed by bold (and naïve) statements regarding the outdated (sic) functional approach and the advantages of full regional harmonisation by way of adopting a Regulation notwithstanding the price of losing an opportunity to enhance not only internal soundness but at the same time global compatibility in global securities markets. But at this point issues of political strategy are surfacing which are not for conflicts lawyers and commercial lawyers to discuss, much less to decide. Maybe next-generation historians will be able to tell us – with hindsight and from an eagle's perspective – whether this approach, probably not a unique instance, paid.

ABUSO DEL DIRITTO, CONFLITTI DI LEGGI E DIRITTO DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE: SPUNTI DI RIFLESSIONE SUL *FORUM SHOPPING*

Stefania BARIATTI·

1. L'espressione "abuso di diritto" viene utilizzata in settori diversi con origini e contenuti diversi. In alcuni settori tale nozione è ampiamente studiata, analizzata e qualificata rispetto ad altre figure e nozioni più o meno vicine, in altri invece si sta lentamente delineando e sviluppando nella prassi e nella dottrina. A prima vista non paiono esservi elementi caratterizzanti comuni tra i diversi settori e, forse, neppure all'interno del medesimo settore.

In materia familiare, per esempio, gli studi della Commissione internazionale dello stato civile mostrano una prassi generalizzata di matrimoni fraudolenti, matrimoni di comodo, matrimoni conclusi pur in mancanza di consenso, registrazioni mendaci di figli, riconoscimenti di paternità fittizi, volti ad acquisire uno status che permette di stabilirsi in uno Stato diverso da quello di origine ed eventualmente di acquisirne la cittadinanza[1].

In altri settori, invece, non sempre è richiesto l'elemento del dolo o dell'intento fraudolento. In materia fiscale, per esempio, la distinzione tra frode, abuso ed elusione non fraudolenta è molto sottile e in cerca di una definizione normativa, almeno in Italia, alla luce di un'elaborazione giurisprudenziale che mira a colpire il conseguimento di un vantaggio fiscale che non sia fondato su solide ragioni economiche, non marginali né teoriche. Si configura abuso non solo in caso di comportamenti fittizi o fraudolenti da parte del contribuente, ma anche di operazioni reali, conformi ai modelli legali, che non abbiano fornito rappresentazioni incomplete o non veritiere della realtà[2], ovvero di comportamenti consi-

· Ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Milano.

[1] Si vedano gli studi sulla frode in materia di stato civile e sui matrimoni simulati al sito www.ciec1.org. Rimangono di grande attualità le considerazioni svolte da Fiore in *Du changement de nationalité opéré en fraude à la loi*, in *Clunet*, 1910, p. 753 ss.

[2] Cfr. Cass., 29 settembre 2006, n. 21221; Cass., 4 aprile 2008, n. 8772; Cass., 21 aprile 2008, n. 10257.

stenti nell'utilizzazione distorta di strumenti giuridici idonei a ottenere un risparmio fiscale[3].

La diversità dei settori e delle situazioni nelle quali si parla di abuso rendono dunque difficile una trattazione che non sia frammentaria, alla ricerca di elementi perlomeno di somiglianza, se non identità. In via preliminare, pare potersi osservare che l'ordinamento le cui norme sono aggirate non resta inerte davanti a queste situazioni ma reagisce in vario modo, utilizzando strumenti diversi, aumentando i controlli ed eventualmente sanzionando il comportamento fraudolento, modificando le norme nazionali per rendere meno attraente lo spostamento verso altri ordinamenti o impedendo il riconoscimento nel foro delle situazioni così costituite all'estero.

2. Quest'ultima, in particolare, è la soluzione utilizzata dal diritto internazionale privato. Per lo studioso della materia l'espressione "abuso di diritto" evoca immediatamente la "*fraude à la loi*", istituto tipico del diritto francese, ove ha rivestito un ruolo importante con riferimento alla legge applicabile alle varie fattispecie. Sebbene si tratti di nozioni ben note, pare opportuno ricordarne qui le caratteristiche principali poiché si tratta di istituto proprio del settore di cui ci occupiamo.

Attraverso la "*fraude à la loi*" i soggetti modificano la localizzazione della fattispecie, spostando il criterio di collegamento così da giungere all'applicazione di un diritto diverso da quello che sarebbe stato altrimenti applicabile, al fine fraudolento di sottrarsi alle norme imperative di quest'ultimo ordinamento. Come è stato ben rilevato, è l'esistenza stessa di una pluralità di ordinamenti, portatori di norme e regole diverse, a costituire una tentazione permanente di abuso o frode[4].

La frode alla legge si è sviluppata in principio soprattutto nel campo delle relazioni familiari attraverso casi ancora oggi famosi: mediante la modifica del criterio di collegamento gli individui raggiungevano uno scopo vietato dall'ordinamento di appartenenza, per esempio mutavano cittadinanza per ottenere il divorzio quando il diritto del proprio ordinamento di origine non lo prevedeva[5]. Ma gli esempi sono molti, e vi torneremo.

[3] Cfr. Cass., s.u., 23 dicembre 2008, nn. 30055, 30056, 30057; Cass., 10 giugno 2009, n. 13338.

[4] Audit, *Droit international privé*, Paris, 2010, § 231.

[5] Il caso che viene sempre ricordato è il caso *Princesse de Bauffrement*, deciso dalla Corte di cassazione francese il 18 marzo 1878 (S. 1878.1.193, nota Labbé), relativo a una cittadina francese che aveva acquistato la cittadinanza del ducato di Sassonia Altenburg

Affinché ricorra la frode alla legge in senso internazionalprivatistico sono necessari tre elementi. In primo luogo, l'elemento materiale, che consiste nella modifica volontaria del criterio di collegamento, sia esso la cittadinanza, il domicilio, la localizzazione di un bene[6]. In secondo luogo, l'elemento legale, cioè la disposizione normativa che si intende evitare o aggirare, generalmente un divieto, come nel caso del divieto di sciogliere il matrimonio con il divorzio. In terzo luogo, l'elemento morale, vale a dire l'intenzione fraudolenta, la volontà di modificare la legge applicabile al caso concreto. In particolare, tale modifica non è fondata su un mutamento effettivo del collegamento, ma è motivata unicamente dalla finalità fraudolenta. A completare l'istituto, l'applicazione della legge straniera così raggiunta si realizza attraverso intervento di un'autorità pubblica, generalmente il giudice, e i diritti così acquisiti sono esercitati nel paese di origine.

Evidentemente non ogni mutamento del criterio di collegamento costituisce una frode, molto spesso si tratta di un cd. conflitto mobile. Perché si parli di frode alla legge la modifica deve essere fittizia e non effettiva, ovvero essere unicamente volta a mutare la legge applicabile al caso concreto. È possibile però che la situazione creata in modo fraudolento diventi effettiva: per valutarne le conseguenze si deve tuttavia fare riferimento al momento in cui la situazione è contestata.

Non in tutti gli ordinamenti la "frode alla legge" si configura quale figura autonoma. Molto spesso lo stesso risultato viene raggiunto attraverso l'utilizzazione di strumenti diversi, come l'ordine pubblico, che impedisce il riconoscimento delle situazioni e degli *status* costituiti sulla base di una legge straniera.

3. Il diritto della Comunità europea prima, e dell'Unione europea poi, ha sancito il declino della *fraude à la loi* attraverso la progressiva erosione dei divieti alla libera circolazione e l'armonizzazione del diritto materiale, che riduce e talvolta elimina le differenze tra le norme sostanziali e con esse l'incentivo o la tentazione di sottrarsi alle regole "altri-

per poter divorziare dal marito francese sulla base della legge di questo Stato tedesco quando la legge francese della comune cittadinanza non prevedeva il divorzio, al fine di risposarsi. I giudici francesi rifiutarono di riconoscere gli effetti della naturalizzazione e dell'applicazione delle legge tedesca sullo *status* della signora in quanto derivanti da atti fatti in frode alla legge francese, che "domine le débat et s'impose aux parties".

[6] Questo può avvenire mediante l'acquisizione di una cittadinanza straniera, lo spostamento fisico del domicilio o della residenza, del bene mobile, ovvero nel caso di beni immateriali o dematerializzati mediante la localizzazione fittizia del bene attraverso la designazione di un luogo di situazione.

menti" applicabili, pur lasciando qualche spazio ad alcune norme nazionali poste a tutela di interessi riconosciuti meritevoli. Se leggiamo il caso *van Binsbergen* in questa prospettiva, per esempio, accanto al diritto al pieno godimento delle libertà fondamentali troviamo la preoccupazione che non vengano eluse o aggirate disposizioni del paese di prestazione del servizio che impongano requisiti specifici per l'esercizio della professione, quali "norme in tema d'organizzazione, di qualificazione, di deontologia, di controllo e di responsabilità – giustificate dal pubblico interesse ed obbligatorie nei confronti di chiunque risieda nello Stato ove la prestazione è effettuata. Ciò vale nel caso in cui il prestatore sfuggirebbe a tali norme grazie alla residenza in un altro Stato membro". Ugualmente lo Stato ospite può imporre agli operatori che si stabiliscano nel suo territorio le norme sull'esercizio della professione. Così, esso può imporre "la residenza nella circoscrizione di determinati organi giudiziari, quando detta norma appare obiettivamente necessaria per assicurare l'osservanza di disposizioni professionali collegate in particolare col funzionamento della giustizia e col rispetto della deontologia"[7].

La prassi della Corte di giustizia, tuttavia, sembra mostrare l'esistenza di differenziazioni e di livelli diversi di attenzione secondo il settore che viene in considerazione.

Per quanto attiene al diritto societario, innanzitutto, la sentenza *Centros*[8] non lascia dubbi sul fatto che la scelta della legge applicabile alla società, allo statuto societario, da parte degli azionisti non costituisce di per sé un abuso. I creditori sono tutelati dal fatto che l'estraneità della forma societaria scelta rispetto all'ordinamento ove tutta l'attività di svolge è nota, nonché dal fatto che il centro degli interessi principali della società è in quest'ultimo paese, non in quello di costituzione. Lo svolgimento dell'attività sarà soggetto alle norme imperative del paese ove, appunto, la società è attiva.

In questo settore molti commentatori hanno criticato la giurisprudenza della Corte in quanto avrebbe favorito comportamenti abusivi e l'aggiramento delle norme del paese ove la società svolge la propria attività. Molti altri hanno invece sottolineato l'aspetto dinamico della soluzione, rilevando come essa favorisce la concorrenza tra ordinamenti, alla quale non consegue necessariamente una corsa al ribasso o una degenerazione degli standard regolatori. In effetti, i legislatori di molti Stati membri hanno reagito alla giurisprudenza *Centros* e alla corsa all'utilizzazione di società di diritto inglese per operare in altri Stati

[7] Corte di giustizia, 3 dicembre 1974, 33-74, punti 12, 14.
[8] Corte di giustizia, 9 marzo 1999, C-212/97.

membri modificando le norme nazionali per renderle meno rigide e più attraenti per gli azionisti e gli investitori, stimolando così lo spirito imprenditoriale e l'iniziativa. La prassi mostra invero che la vita e le scelte di una società non sono affatto rigidamente inserite in e rivolte a uno stesso ordinamento. Molti fattori le influenzano in modo diverso e le dirigono verso soluzioni specifiche per ciascuna esigenza. Così, per esempio, oltre al regime fiscale, che riveste un'importanza cruciale, rilevano i requisiti di capitalizzazione, i limiti al trasferimento dei beni, le regole sulla responsabilità degli amministratori, la disciplina delle crisi d'impresa e dell'insolvenza, l'esistenza di mercati finanziari dinamici retti da regole flessibili al momento della quotazione in borsa o dell'emissione di titoli obbligazionari, la possibilità di realizzare un credito nei confronti del debitore, gli strumenti per la realizzazione efficace e rapida delle garanzie, e così via.

Tutte queste valutazioni, che si fondano sull'esame delle normative nazionali che possono venire in considerazione, si realizzano attraverso una scelta – internazionalprivatistica – della legge via via applicabile vuoi direttamente, attraverso la manifestazione di volontà ove possibile, vuoi indirettamente, attraverso la localizzazione della società, della sua attività, delle garanzie, del centro degli interessi principali, secondo i casi. Ma questa scelta non costituisce di per sé un abuso, come ha insegnato la Corte di giustizia. E in presenza di norme dell'Unione, la valutazione del legislatore nazionale, che pur può imporre "misure volte ad impedire che, grazie alle possibilità offerte dal Trattato, taluni dei suoi cittadini tentino di sottrarsi all'impero delle leggi nazionali, e che gli interessati non possano avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario", non può prescindere dalla considerazione "delle finalità perseguite dalle disposizioni comunitarie di cui trattasi". Nel caso delle società, in particolare, "le disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento sono volte precisamente a consentire alle società costituite conformemente alla normativa di uno Stato membro e che hanno la loro sede sociale, l'amministrazione centrale o il loro stabilimento principale all'interno della Comunità, di svolgere attività negli altri Stati membri per il tramite di un'agenzia, di una succursale o di una filiale. Ciò considerato, il fatto che un cittadino di uno Stato membro che desideri creare una società scelga di costituirla nello Stato membro le cui norme di diritto societario gli sembrino meno severe e crei succursali in altri Stati membri non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento. Infatti, il diritto di costituire una società in conformità alla normativa di uno Stato membro e di creare succursali in altri Stati membri è inerente all'esercizio, nell'ambito di un mercato unico, della libertà di stabilimen-

to garantita dal Trattato. … Risulta inoltre … che il fatto che una società non svolga alcuna attività nello Stato membro in cui essa ha la sede e svolga invece le sue attività unicamente nello Stato membro della sua succursale non è sufficiente a dimostrare l'esistenza di un comportamento abusivo e fraudolento, che consenta a quest'ultimo Stato membro di negare a tale società di fruire delle disposizioni comunitarie relative al diritto di stabilimento"[9].

I principi affermati dalla Corte di giustizia nella giurisprudenza *Centros* in materia societaria sono stati richiamati anche in materia fiscale, in particolare nel caso *Cadbury Schweppes*, ove è stato affermato che "[u]n cittadino comunitario, persona fisica o giuridica, non può … essere privato della possibilità di avvalersi delle disposizioni del Trattato solo perché ha inteso approfittare dei vantaggi fiscali offerti dalle norme in vigore in uno Stato membro diverso da quello in cui risiede … La mera circostanza che una società residente crei uno stabilimento secondario, per esempio una controllata, in un altro Stato membro non può fondare una presunzione generale di frode fiscale, né giustificare una misura che pregiudichi l'esercizio di una libertà fondamentale garantita dal Trattato. … Per contro, una misura nazionale che restringe la libertà di stabilimento è ammessa se concerne specificamente le costruzioni di puro artificio finalizzate ad eludere la normativa dello Stato membro interessato. … [P]erché sia giustificata da motivi di lotta a pratiche abusive, una restrizione alla libertà di stabilimento deve avere lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiose, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale"[10].

Nel diritto europeo la nozione di abuso rileva anche in altri settori, ove talvolta ha trovato una definizione più precisa, come è avvenuto nel caso *Emsland-Staerke*, relativa in particolare a restituzioni all'esportazione. Secondo la Corte, "[l]a constatazione che si tratta di una pratica abusiva richiede, da una parte, un insieme di circostanze oggettive dalle quali risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa comunitaria, l'obiettivo perseguito dalla detta normativa non è stato raggiunto. Essa richiede, d'altra parte, un elemento soggettivo che consiste nella volontà di ottenere un vantaggio derivante dalla normativa comunitaria mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento. L'esistenza di un simile elemento soggettivo può essere dimostrata, in particolare, dalla prova di una collusio-

[9] Sentenza *Centros* cit., punto 24 ss.
[10] Corte di giustizia, 12 settembre 2006, C-196/04, punti 36, 50 ss.

ne tra l'esportatore comunitario, beneficiario delle restituzioni, e l'importatore della merce nel paese terzo"[11].

Questi principi hanno trovato un'applicazione non del tutto lineare e coerente in materia personale e familiare. Da un alto, nel caso *Chen* il fatto di aver creato artificiosamente le condizioni perché la piccola Kunqian Catherine Zhu ottenesse la cittadinanza irlandese, approfittando scientemente di una breccia nella normativa irlandese in materia di cittadinanza al fine di poter esercitare poi la libera circolazione nel Regno Unito, non è stato considerato un abuso[12]. Dall'altro lato, i matrimoni di comodo di cittadini di Stati terzi con cittadini europei, contratti al solo fine di aggirare le disposizioni relative all'ingresso e al soggiorno di cittadini di paesi terzi, sono stati stigmatizzati in *Akrich*[13].

4. In tutti i casi fin qui menzionati notiamo che la valutazione della Corte si rivolge alle norme nazionali, alle disposizioni che i legislatori degli Stati membri pongono per impedire gli abusi o correggerne gli effetti. Tuttavia, anche il legislatore europeo reagisce ai comportamenti abusivi, sia prevedendo disposizioni più stringenti, eventualmente in direttive,[14] sia ponendo correttivi o limiti alla libertà delle parti, come avviene nel settore che qui ci interessa da vicino.

In materia contrattuale, per esempio, il legislatore ha posto correttivi precisi ai paragrafi 3 e 4 dell'art. 3 del Regolamento Roma I, per porre rimedio all'eventuale intento fraudolento delle parti che, attraverso la (altrimenti) libera della legge applicabile, possono trasformare un contratto puramente interno in un contratto internazionale e un contratto interamente intra-europeo in un contratto extra-europeo, al fine di aggirare

[11] Corte di giustizia, 14 dicembre 2000, C-110/99, punto 52 s.

[12] Risulta dalla sentenza che la madre, signora Chen, aveva ammesso di aver creato appositamente le condizioni necessarie per consentire alla neonata di acquisire la cittadinanza di uno Stato membro per poi ottenere un permesso di soggiorno di lunga durata nel Regno Unito per sé e per la bambina. Questa ammissione non è stata ritenuta sufficiente dalla Corte, secondo la quale – per giurisprudenza costante – la determinazione dei modi di acquisto e di perdita della cittadinanza rientra nella competenza degli Stati membri (punti 36-37). Tuttavia essa ha anche rilevato, *en passant*, che nessuna delle parti che avevano presentato osservazioni aveva messo in discussione né la legittimità, né l'effettività dell'acquisto della cittadinanza irlandese da parte della neonata. In realtà, queste obiezioni avrebbero potuto essere eventualmente sollevate davanti ai giudici irlandesi, ma l'automatismo dell'attribuzione della cittadinanza irlandese *iure soli* non pare lasciasse alcuno spazio.

[13] Corte di giustizia, 23 settembre 2003, C-109/01, punto 57.

[14] Si pensi, per esempio, alle direttive in materia di mercati finanziari, abusi di mercato, ecc.

le norme imperative, rispettivamente, del paese nel quale sono localizzati tutti gli elementi del caso concreto e del diritto dell'Unione.

Per quanto riguarda la determinazione della giurisdizione, viene in considerazione la nozione di abuso del processo, ben nota a molti ordinamenti. In Italia l'art. 96 c.p.c. dispone una responsabilità aggravata per lite temeraria a carico di chi agisce o resiste in giudizio con mala fede o colpa grave. Si tratta di nozione analoga a quella di "*abus du droit d'agir en justice*" del diritto francese, invocato nel caso *Vivendi*, o "*abuse of process*" del diritto inglese[15]. L'elemento soggettivo viene identificato con la malafede processuale, che nel settore che ci interessa più che della consapevolezza del proprio torto, cioè della coscienza dell'infondatezza della domanda o dell'eccezione, consiste nella consapevolezza di agire slealmente, di abusare del diritto di azione.

Due osservazioni si impongono, per quanto scontate e forse banali: da un lato, non pare potersi parlare di abuso del processo quando i comportamenti contestati sono vietati e sanzionati dalle norme che li prevedono e censurano; dall'altro lato, la scelta di comportamenti tutti ugualmente leciti non configura un abuso quando l'alternativa è permessa dalla norma. I primi comportamenti costituiscono una violazione di una disposizione specifica, mentre i secondi sono frutto di una scelta ammessa e quindi di per sé legittima.

Invero, non si verifica alcun abuso quando l'attore può scegliere tra più fori alternativi che siano posti a sua disposizione dal legislatore. Come è noto, per indicare queste ipotesi si usa correntemente l'espressione *forum shopping*, alla quale non si può tuttavia attribuire alcuna connotazione negativa, sebbene dalla scelta del foro dipenda l'applicazione dell'uno o dell'altro diritto materiale. Si sta affermando tuttavia la distinzione tra *forum shopping* legittimo e illegittimo, "buono" e "cattivo", proprio considerando le possibilità offerte dall'ordinamento e le finalità delle parti.

Se si guarda alle principali regole sulla giurisdizione contenute nel Regolamento Bruxelles I e all'interpretazione fornitane dalla Corte di giustizia si possono trarre alcune considerazioni.

Innanzitutto, non si costituisce abuso la scelta del foro che le parti effettuino ai sensi dell'art. 23 del Regolamento. Come ha chiarito la Corte di giustizia fin dalla sentenza *Zelger*, l'art. 23 "prescinde da qualsiasi legame oggettivo tra il rapporto giuridico controverso e il giudice desi-

[15] La dottrina italiana distingue tra abuso del processo (o abuso della tutela giurisdizionale nel suo complesso) e abuso nel processo, che si realizza attraverso il compimento di specifici atti.

gnato"[16]. Inoltre, in *Castelletti* la Corte a chiarito che "[i]n una situazione come quella di cui nella causa *a qua*, si deve escludere un ulteriore controllo della fondatezza della clausola nonché dell'obiettivo perseguito dalla parte che l'ha inserita e non può essere accordata rilevanza, riguardo alla validità della detta clausola, a norme sostanziali di responsabilità in vigore dinanzi al foro prescelto"[17]. La piena utilizzazione dell'autonomia delle parti nell'individuazione del foro è dunque garantita dalla Corte sebbene abbia evidenti effetti sulla determinazione della legge applicabile (che peraltro in materia contrattuale le parti possono liberamente scegliere, salvi i correttivi sopra menzionati). Certamente il fatto che in tutta l'Unione vigano le medesime norme di conflitto riduce l'incentivo al *forum shopping*, che però ritorna interessante quando la legge applicabile è la *lex fori*, nonché quando le norme di conflitto uniformi europee vincolano solo alcuni Stati membri, come avviene sempre nei rapporti con la Danimarca, saltuariamente nei rapporti con il Regno Unito e l'Irlanda, e più recentemente in materia matrimoniale con l'instaurazione di una cooperazione rafforzata che attualmente vede solo 15 paesi membri vincolati al Regolamento Roma III.

Questa giurisprudenza è confermata dalle decisioni relative alla forma delle clausole contrattuali relative al luogo di consegna o al luogo della prestazione del servizio al fine di radicare la giurisdizione ai sensi e ai fini dell'art. 5 n. 1 del Regolamento Bruxelles I, che le parti possono direttamente indicare. La Corte di giustizia, infatti, nel caso in cui non vi sia alcun collegamento con l'oggetto del contratto, ha inquadrato tali clausole nell'art. 23, imponendo il rispetto dei requisiti formali ivi previsti. Ad esempio, nel caso *Gravières Rhénanes*, la Corte ha affermato che "la fissazione di un luogo di esecuzione che non presenti nessun collegamento effettivo con l'oggetto concreto del contratto risulta fittizia ed ha come solo obiettivo la determinazione di un foro competente"[18]. Ma la conseguenza non è l'invalidità della clausola contrattuale *tout court*, bensì l'obbligo di rispettare la forma imposta dall'art. 23, proprio perché

[16] 17 gennaio 1980, 56/79, punto 4.

[17] 16 marzo 1999, C-159/97, punto 51. Il fatto che l'autonomia delle parti da sola giustifichi un diverso criterio di giurisdizione rispetto al foro del domicilio è ribadito al *considerando* 11 del Regolamento Bruxelles I. Si discute della necessità che sia presente un ulteriore elemento di internazionalità oltre la scelta del foro per rendere applicabile l'art. 23 e, più in generale, il Regolamento. In seguito alla sentenza *Lindner* (17 novembre 2011, C-327/10), tuttavia, l'internazionalità può essere data dalla cittadinanza del convenuto, diversa da quella del paese del foro ove tutti gli elementi del caso siano localizzati, ancorché presunta.

[18] 20 febbraio 1997, C-106/95, punto 33 ss.

quest'ultima disposizione non richiede alcun collegamento tra il foro prescelto e la fattispecie contrattuale.

Quando opera la volontà delle parti, dunque, l'effettività del collegamento tra la controversia e il foro è irrilevante per il legislatore europeo, pur nel rispetto di alcuni requisiti formali che sono volti a garantire che il consenso delle parti sulla scelta del foro sia stato manifestato nella piena consapevolezza dell'effetto di tale scelta.

Talvolta poi il legislatore europeo ha lasciato a una sola parte la scelta sia del foro che della legge applicabile: ai sensi dell'art. 6, par. 2, lett. b), del Regolamento Roma II, infatti, nel caso degli illeciti antitrust che si estendano a più Stati, l'attore può scegliere tra il foro del domicilio del convenuto e quello dell'illecito sulla base degli articoli 2 e 5 n. 3 del Regolamento Bruxelles I; ma se sceglie il primo può anche chiedere che si applichi solo la legge di questo Stato (anziché il diritto di tutti i paesi nel cui mercato la restrizione della concorrenza ha effetto), purché l'illecito anticoncorrenziale abbia prodotti effetti anche in tale Stato. In caso di una pluralità di convenuti domiciliati in paesi diversi, l'attore potrà invece scegliere tra più fori, attraendo poi tutti i convenuti presso il domicilio di uno di essi in base all'art. 6 n. 1 del Regolamento Bruxelles I e domandando l'applicazione della *lex fori*, così indirettamente scegliendo il diritto a lui più favorevole tra quelli dei vari paesi ove i convenuti sono domiciliati.

Quando dunque la scelta tra più fori alternativi o l'esercizio di un'opzione permessa dall'ordinamento configura un abuso? Ci si può chiedere innanzitutto se costituisca un abuso la proposizione di un'azione davanti a un giudice troppo tenuamente collegato alla controversia tra i vari fori disponibili. Per esempio, nel caso *Vivendi* e in molti altri successivi, l'avvio di una *class action* davanti ai giudici statunitensi da parte di investitori stranieri per comportamenti asseritamente tenuti in altri paesi da parte di società quotate in mercati borsistici stranieri costituiva un abuso? La risposta dei giudici francesi è stata negativa poiché hanno ritenuto che in materia di illecito l'attore può scegliere tra vari fori tra loro pienamente alternativi e che comunque sussistevano alcuni elementi di contatto con gli Stati Uniti: in particolare, erano contestate violazioni del diritto federale, le azioni della società erano negoziate anche a New York, ove erano residenti alcuni amministratori della società ed erano state diffuse informazioni sull'attività e i bilanci. Inoltre, non è parso abusivo il fatto che gli azionisti francesi ritenessero di essere "trat-

tati" meglio dalla legge dello Stato di New York rispetto a quella francese[19].

Questa impostazione pare coerente con quella della Corte di giustizia, che sembra ritenere che nel quadro del Regolamento Bruxelles I e nei rapporti tra gli Stati membri non si configuri mai un abuso quando l'attore sceglie tra più fori alternativi. L'affermazione di questo principio è stata chiarissima nel caso *Turner*, nel quale è stata ritenuta contraria allo spirito delle regole uniformi di giurisdizione la concessione di un'*antisuit injuction* volta a impedire l'avvio di un procedimento in uno Stato membro sebbene vi fosse il dubbio che una parte vi agisse in mala fede allo scopo di ostacolare un procedimento già pendente in un altro Stato membro. Secondo la Corte di giustizia, "tale ingerenza non può essere giustificata dal fatto che essa è solo indiretta e mira a impedire un abuso di procedura da parte del convenuto del procedimento nazionale. Infatti, dal momento che la condotta contestata al convenuto consiste nell'avvalersi della competenza di un giudice di un altro Stato membro, la decisione sul carattere abusivo di tale comportamento implica una valutazione della pertinenza della proposizione di un'azione dinanzi a un giudice di un altro Stato membro. Orbene, una siffatta valutazione è contraria al principio della reciproca fiducia che … costituisce il fondamento della Convenzione e vieta al giudice, salvo ipotesi particolari non applicabili alla fattispecie nella causa principale, di sindacare la competenza di un giudice di un altro Stato contraente[20].

Diversa è la situazione esaminata dai giudici francesi nel caso *Weiler*, nel quale hanno considerato abusiva la proposizione di un'azione per diffamazione davanti a un giudice francese motivata dalla convinzione che il procedimento fosse meno costoso in tale paese e che la legge francese desse maggiori chances di successo alla denunciante. Secondo i giudici, la mancanza di prova dell'esistenza di contatti del caso con la Francia e la certezza della pretestuosità della denuncia dimostravano il comportamento abusivo della denunciante, che, come si riporta nella sentenza, aveva ammesso di aver esercitato il *forum shopping*[21]. In questo caso, dunque, l'asserita insufficienza dei contatti con la Francia ha condotto i giudici a considerare abusivo il suo comportamento processuale. Qualche dubbio, tuttavia, è stato sollevato sulla correttezza della valutazione dei contatti con l'ordinamento francese della denunciante,

[19] Sul caso Vivendi si veda Cohen, *Contentieux d'affaires et abus de* forum shopping, in *Dalloz*, 2010, p. 975 ss.

[20] 27 aprile 2004, C-159/02, *Turner*, punto 28.

[21] Tribunale di Parigi, 3 marzo 2011, *Ministère public c. Weiler*, disponibile al sito http://chronicle.com/items/biz/pdf/judgement%203%20mars%202011.pdf.

che sembrava avere una reputazione da difendere in tale paese per effetto di pubblicazioni scientifiche ivi distribuite. Ove questi fossero stati correttamente accertati e fosse quindi stabilita la localizzazione in Francia del luogo dell'illecito, l'uguaglianza dei fori alternativi ammessi e previsti dal Regolamento Bruxelles I avrebbe dovuto permettere l'affermazione della giurisdizione francese.

Ci si può poi chiedere, in secondo luogo, se costituisca un abuso la proposizione di una domanda di accertamento negativo della contraffazione o della validità di un diritto di proprietà intellettuale per impedire la proposizione dell'azione di contraffazione (cd. azione «torpedo») o per paralizzare un procedimento per contraffazione già avviato (cd. azione «super-torpedo»)[22]. La questione può essere estesa a qualsiasi azione di accertamento negativo, soprattutto quando il procedimento sia avviato in Stati ove i tempi della giustizia civile sono lenti o se esista un altro foro dotato di competenza esclusiva o scelto dalle parti.

È noto che la Corte di giustizia ha ritenuto che questo comportamento è legittimo e che la domanda di accertamento negativo impedisce al giudice prorogato contrattualmente dalle parti di conoscere della domanda proposta successivamente davanti a lui fino a quando il giudice preventivamente adito non si sia pronunciato sulla propria competenza ai sensi dell'art. 27 del Regolamento Bruxelles I[23]. In verità, demonizzare e condannare *a priori* le domande di accertamento negativo non pare cor-

[22] Nel primo caso, tra l'azione di accertamento negativo della violazione e l'azione per danni o inibitoria vi sarebbe litispendenza alla luce della giurisprudenza *Gubisch* della Corte di giustizia poiché avrebbero entrambe il proprio fondamento nel medesimo diritto di proprietà intellettuale (sentenza 8 dicembre 1987, C-144/86); nel secondo caso, il giudice della contraffazione deve dichiararsi incompetente sulla totalità della domanda alla luce della sentenza *GAT*, a favore dei giudici del paese di registrazione (sentenza 13 luglio 2006, C-4/03). Inoltre, il procedimento davanti al giudice della contraffazione non potrebbe proseguire neppure se – una volta sollevata l'eccezione di invalidità del diritto di proprietà intellettuale registrato in altro Stato membro – il convenuto in contraffazione non procedesse in tale Stato in via principale per veder accertare e dichiarare l'invalidità stessa *erga omnes*.

[23] Nella sentenza *Gasser* la Corte ha affermato che "le difficoltà, quali quelle fatte valere dal governo del Regno Unito, derivanti dai comportamenti dilatori delle parti che, intendendo ritardare la soluzione della controversia nel merito, avviano una azione dinanzi ad un giudice della cui incompetenza sono a conoscenza a causa dell'esistenza di una clausola attributiva di competenza, non sono tali da rimettere in discussione l'interpretazione di una delle disposizioni della convenzione di Bruxelles, quale risulta dalla sua formulazione e dalla sua finalità" (9 dicembre 2003, C-116/02, punto 53). Non è prevedibile invece quale sarebbe la risposta qualora il foro adito per primo fosse un foro privo di qualunque collegamento con il caso concreto e dunque il comportamento dell'attore fosse chiaramente abusivo. Per esempi relativi a controversie vertenti su diritti di proprietà intellettuale v. HESS, PFEIFFER, SCHLOSSER, *The Brussels I Regulation 44/2001. Application and Enforcement in the EU*, München, 2008, p. 189 ss.

retto poiché esse possono essere perfettamente legittime e, anzi, in alcuni settori come quello assicurativo sono del tutto consuete. Il fatto che per ovviare alle conseguenze ritenute aberranti della giurisprudenza *Gasser* – o, meglio, del comportamento dell'attore che per primo aveva avviato la causa il Italia anziché davanti al giudice austriaco prorogato contrattualmente – il nuovo testo del Regolamento Bruxelles I preveda che solo il giudice prorogato può prevalere su qualsiasi altro giudice adito preventivamente mostra come la domanda di accertamento negativo mantenga piena legittimità al pari di qualsiasi altra azione nel sistema del Regolamento.

Invece, potrebbe essere opportuno dotare il giudice nazionale degli strumenti per reprimere comportamenti abusivi in singoli casi concreti, ove le norme nazionali già non puniscano l'abuso del processo. Come ben spiegava l'avvocato generale Tesauro quasi vent'anni fa, "la previsione di criteri alternativi di competenza giurisdizionale nella Convenzione di Bruxelles … e la conseguente ampia scelta lasciata all'attore nel decidere a quale dei tribunali ugualmente competenti sottomettere la cognizione di una determinata controversia, possono prestarsi ad una utilizzazione 'intelligente'. In particolare, non possono escludersi tentativi di radicare la competenza di una determinata giurisdizione al solo fine di avvantaggiarsi della normativa sostanziale ivi applicabile, considerata più favorevole dal ricorrente, o, ancora, al fine di mettere in difficoltà la controparte. Al riguardo va tuttavia rilevato che siffatti tentativi, ovvero ciò che viene definito 'forum shopping', sono possibili soprattutto nei sistemi in cui si privilegia meccanicamente il criterio di collegamento della *lex fori*, comunque mascherato. Quando, viceversa, le norme di diritto internazionale privato e/o la giurisprudenza utilizzano criteri di collegamento che meglio corrispondono alla natura ed alle caratteristiche del rapporto, nonché alle aspettative delle parti che quel rapporto hanno originariamente creato e 'pensato', allora si riducono anche le possibilità di un uso interessato o addirittura abusivo dei meccanismi del diritto internazionale privato e processuale considerato nel suo insieme. In ogni caso, sarà compito del giudice adito vegliare a che eventuali abusi siano vanificati. In definitiva, non mi sembra che a tale problema si possa dare soluzione attraverso un'interpretazione restrittiva dell'art. [27], tendente cioè ad escluderne l'applicazione … qualora, con il giudizio previamente instaurato in uno degli Stati contraenti, si tenda ad ottenere un provvedimento di accertamento negativo"[24].

[24] Conclusioni nella causa *Tatry*, decisa dalla Corte con sentenza 6 dicembre 1994, C-406/92, punto 22.

Considerazioni in parte analoghe a quelle svolte qui sopra valgono in relazione all'utilizzazione dell'art. 6 n. 1 del Regolamento Bruxelles I per convenire un soggetto davanti a un giudice diverso da quello del suo domicilio. La Corte di giustizia ha sempre sottolineato la necessità che tra le domande proposte nei confronti dei vari convenuti sussista un legame fin dall'avvio della causa, tale che sussista "un interesse ad un'istruttoria e ad una pronuncia unica per evitare il rischio di soluzioni eventualmente incompatibili se le cause fossero decise separatamente"[25]. Implicitamente in questo caso l'abuso si configura quando viene violato il diritto di difesa dei convenuti, che vengano sottratti al giudice naturale in assenza di un collegamento stretto tra le domande proposte contro ciascuno di essi. La presenza di un tale collegamento tra le domande proposte nei confronti dei diversi convenuti, tuttavia, è condizione sufficiente per l'applicazione dell'art. 6 n. 1: come affermato dalla Corte di giustizia nel caso *Freeport*, una volta accertata la connessione tra le domande, non è più "necessario verificare ulteriormente che dette domande non siano state presentate esclusivamente allo scopo di sottrarre uno di tali convenuti ai giudici dello Stato membro in cui egli ha il suo domicilio"[26].

La soluzione risente dell'uniformità delle norme di conflitto utilizzate dai giudici degli Stati membri fino a un certo punto, dato che la Corte nel caso *Freeport* ha ritenuto che l'art. 6 n. 1 si applica anche quando le domande proposte nei confronti dei vari convenuti abbiano fondamento normativo diverso. Sarà interessante vedere se la valutazione della Corte sarà diversa e più restrittiva nel caso in cui la concentrazione dei procedimenti modifichi la legge applicabile, come avviene in relazione all'art. 6 del Regolamento Roma II, che, in combinazione con il Regolamento Bruxelles I, lascia ampia scelta all'attore circa il foro e la legge applicabile in materia di illeciti antitrust.

5. A considerazioni diverse induce invece il Regolamento n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza. Esso sembra dare un'indicazione quando al *considerando* n. 4 dice di voler limitare il *forum shopping*, che identifica con la situazione in cui il debitore sposta i propri beni o il proprio patrimonio o modifica il criterio di giurisdizione[27]. In realtà, lo spostamento degli *asset* non ha effetti sulla giurisdizione poiché i

[25] 27 settembre 1988, 189/87, *Kalfelis*, punto 12.

[26] 11 ottobre 2007, C-98/06, punto 54.

[27] "È necessario, per il buon funzionamento del mercato interno, dissuadere le parti dal trasferire i beni o i procedimenti giudiziari da uno Stato ad un altro al fine di ottenere una migliore situazione giuridica".

soli beni non costituiscono un legame sufficiente con uno Stato membro né ai fini dell'apertura di una procedura principale, né ai fini di una procedura secondaria[28]. Il *considerando*, in realtà, vuole colpire il comportamento fraudolento del debitore che sottrae i beni alla massa e chiama *forum shopping* una situazione che non ha nulla a che vedere con questa figura. Quando poi intende colpire lo spostamento dei "procedimenti giudiziari", che avviene attraverso lo spostamento del criterio di giurisdizione, cioè del centro degli interessi principali del debitore, anche in questa prospettiva utilizza impropriamente l'espressione *forum shopping* poiché definisce come tale una situazione diversa da quella tradizionale, sopra esaminata. Nel Regolamento n. 1346/2000 non si tratta infatti di individuare il giudice competente fra più giudici ugualmente dotati di giurisdizione sulla base di criteri diversi, come nel Regolamento Bruxelles I, ma di spostare il centro degli interessi principali in uno Stato che fino a quel momento non aveva giurisdizione, al fine di modificare la legge applicabile alla procedura e con essa le aspettative dei creditori.

In realtà la prassi è stata più permissiva rispetto al testo del *considerando* n. 4. È noto infatti che molte società hanno spostato il centro degli interessi principali in Inghilterra per avvantaggiarsi delle norme locali sull'insolvenza più favorevoli al debitore e ai creditori, e solitamente proprio con l'accordo di questi ultimi. Si è così fatta strada l'idea di un *forum shopping* "buono" in questo settore, in quanto volto a massimizzare la valorizzazione degli *asset* dell'impresa e del risultato per i creditori, a differenza di un *forum shopping* "cattivo" – e dunque abusivo – che invece favorisce il debitore o solo alcuni creditori con effetti distributivi e non di efficienza.

Molti giudici hanno compreso e seguito le aspettative dei debitori e dei creditori, e sul punto si è sviluppata una vivace discussione tra gli operatori. In particolare, alcuni hanno suggerito di imporre un limite temporale minimo dopo il quale sarebbe possibile aprire la procedura principale di insolvenza al fine di verificare che lo spostamento del centro degli interessi principali del debitore sia effettivo e non fittizio[29]. Oltre alla considerazione che qualsiasi condizione che fosse imposta al trasferimento della sede sarebbe contraria alla libertà di stabilimento, le difficoltà e la discrezionalità insita nella determinazione della durata di tale

[28] Lo spostamento dei beni ne modifica la legge regolatrice al fine dell'applicazione dell'art. 5 del Regolamento, ma non rileva direttamente al fine della determinazione del giudice competente ad aprire la procedura principale.

[29] In questo senso la proposta di INSOL Europe al sito http://www.insol-europe.org/technical-content/revision-of-the-european-insolvency-regulation-proposals-by-insol-europe/.

periodo minimo (sei mesi, un anno?) hanno però portato la Commissione europea a proporre una diversa soluzione, che, attraverso un'integrazione del *considerando* n. 4, di fatto legittima il *forum shopping* "buono" ove stigmatizza lo spostamento del centro degli interessi principali del debitore che sia effettuato al solo scopo di ottenere una migliore situazione giuridica "to the detriment of the general body of creditors (forum shopping)"[30]. Tale spostamento, di conseguenza, non è più guardato con sospetto quando migliora la posizione del debitore e dei creditori e permette di utilizzare procedure più efficienti conosciute al diritto dello Stato ove il centro degli interessi principali del debitore viene spostato rispetto a quelle previste dal diritto del paese che viene lasciato.

Pare opportuno menzionare che anche in questo caso i legislatori dei paesi il cui territorio è stato abbandonato dai debitori hanno reagito modificando le proprie norme introducendo nuove procedure più flessibili, che rispondessero alle esigenze dei debitori e dei creditori e che fossero di conseguenza più attraenti.

[30] COM (2012) 744 del 12 dicembre 2012.

OPERATIVITÀ E LIMITI DEL MUTUO RICONOSCIMENTO NELLA CIRCOLAZIONE DELLE SENTENZE E DEGLI ATTI

Bruno NASCIMBENE ·

SOMMARIO: **I.** 1. Il mutuo riconoscimento come principio essenziale del diritto dell'Unione. Lo "spazio" di libertà, sicurezza e giustizia. – 2. Mutuo riconoscimento e fiducia reciproca. Il Trattato di Lisbona. La tutela di diritti fondamentali. – 3. Ravvicinamento, riconoscimento, fiducia: il circolo virtuoso. **II.** – 4. Gli ostacoli alla circolazione. *a)* L'ordine pubblico. Il diritto di famiglia; *b)* il mantenimento della rilevanza dell'ordine pubblico. – 5. L'ordine pubblico processuale. La possibile eliminazione dell'*exequatur* e la previsione, comunque, di limiti. – 6. La modifica del regolamento 44/2001: il regolamento 1215/2012 (c.d. Bruxelles I *bis*). – 7. L'abuso del diritto. **III.** – 8. L'eliminazione ed assenza di *exequatur*. Ordine pubblico processuale e norme minime di garanzia: il regolamento sul titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati. – 9. Assenza dell'*exequatur* e regolamenti sull'unificazione delle norme processuali interne. *a)* Il regolamento sul procedimento di ingiunzione di pagamento; *b*) il regolamento sul procedimento europeo per le controversie di modesta entità; *c)* la presenza di limiti quanto all'esecuzione; la necessità di garanzie. **IV.** – 10. La "circolazione agevolata" degli atti. Le norme in vigore. I limiti: *a)* la circolazione degli atti pubblici, aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro; *b)* la circolazione delle transazioni giudiziarie; *c)* la circolazione degli accordi conclusi in sede di mediazione. – 11. La circolazione di atti e documenti pubblici. Le norme da adottare; le proposte di semplificazione, con particolare riguardo agli atti di stato civile. *a)* Le iniziative in corso e gli atti in vigore; *b)* verso un certificato europeo di stato civile; *c)* armonizzazione e fiducia reciproca; l'effetto automatico o di pieno diritto. – 12. Conclusione.

I.

1. Il mutuo riconoscimento come principio essenziale del diritto dell'Unione. Lo "spazio" di libertà, sicurezza e giustizia

Mutuo riconoscimento e reciproca fiducia sono espressione di un principio fondamentale del diritto dell'Unione che accompagna, per così dire, la storia stessa della "costruzione" europea, dal Trattato CEE ad

· Professore ordinario di diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Milano.

oggi, attraverso le più recenti modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona.

Le considerazioni che seguono non riguardano la sola cooperazione giudiziaria civile, sia perché il principio è di carattere generale, sia perché è principio dinamico, esteso alle politiche della Comunità, prima, e dell'Unione, poi. Operatività e limiti del principio sarebbero intesi in senso riduttivo se non si avesse riguardo anche alla cooperazione giudiziaria in materia penale e alle varie forme di cooperazione amministrativa che rendono effettivo lo spazio. La cooperazione, e quindi lo spazio, riguarda vari settori, quali l'immigrazione e l'asilo, i controlli alle frontiere.

Il principio del mutuo riconoscimento era previsto, fin dalle origini, in una norma (art. 57 Trattato CEE, ora art. 53 TFUE) che riguardava il diritto di stabilimento, precisamente il riconoscimento reciproco dei diplomi, dei certificati ed altri titoli al fine di agevolare l'accesso e l'esercizio delle attività non salariate. Il principio era posto a base dell'art. 220 Trattato CEE, poi art. 293 CE, successivamente abrogato, che prevedeva l'avvio di negoziati, a favore dei cittadini degli Stati membri sia in materia di reciproco riconoscimento delle società (la Convenzione di Bruxelles del 29.2.1968 sul reciproco riconoscimento delle società e delle persone giuridiche non entrò mai in vigore in mancanza delle ratifiche necessarie), sia in materia di "semplificazione delle formalità" (così si esprimeva la norma) per garantire il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali. La Convenzione di Bruxelles del 27.9.1968 segnò il risultato di quei negoziati[1].

Non si sarebbe potuto realizzare il mercato interno, parte integrante della Comunità stessa, se la libera circolazione delle merci, delle persone e dei servizi non avesse avuto come fondamento la fiducia reciproca. La giurisprudenza *Cassis de Dijon* obbliga gli Stati ad accettare, ed ammettere a circolare, merci e servizi che sono prodotti, commercializzati, offerti e prestati in conformità alle regole del Paese di origine[2].

[1] Per un commento all'art. 293 cfr. S. DE BELLIS, *Commento*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 1309 ss.; nel passato, per un commento all'art. 220, G. BERNINI, A. FRIGNANI, *Commento*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario CEE*, Milano, 1965, p. 1568 ss.

[2] Cfr. la sentenza 20.2.1979, *Rewe*, causa 120/78, *Raccolta*, p. 649. Sulla giurisprudenza *Cassis de Dijon*, per alcuni rilievi, fra i molti, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, 7ª ed., Padova, 2012, p. 409 ss. Sul principio del mutuo riconoscimento, in generale, cfr. G. ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali,* Padova, 2002, pp. 5, 95 ss.; G. L. TOSATO, *Some remarks on the limits to mutual recognition of judicial*

Il buon funzionamento del mercato interno è condizionato dalla fiducia reciproca e, grazie al dinamismo cui si è accennato, si evolve, con il Trattato di Amsterdam (1999) nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Lo spazio (art. 2 Trattato UE) è esso stesso un obiettivo dell'Unione che comprende asilo, immigrazione, controllo alle frontiere, e dunque riguarda la circolazione delle persone, ma riguarda anche la cooperazione giudiziaria civile e penale. Quest'ultima, all'epoca (prima delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona), era diversamente configurata perché appartenente al terzo pilastro della cooperazione intergovernativa[3].

Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia è nozione più ampia dello spazio giudiziario, che si realizza sotto diversi profili, uno dei quali, il principale (pur con alcuni limiti), è la libera circolazione delle sentenze e degli atti.

La consacrazione dello spazio è nelle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere (15-16 ottobre 1999), lo spazio consistendo nel miglior accesso alla giustizia, nel riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie, nella più intensa convergenza nell'ambito del diritto civile e del diritto penale.

Vale la pena ricordare alcune affermazioni (punto 33 delle conclusioni) che riguardano anche i diritti delle persone, quasi ad anticipare l'attenzione che poco più di un anno dopo vi riserverà la Carta dei diritti fondamentali (Carta proclamata a Nizza il 7.12.2000), in particolare all'art. 47 sull'accesso alla giustizia ovvero sul "Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale". Vi si afferma che "Il rafforzamento del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze e il necessario ravvicinamento delle legislazioni facilit[ano] la coopera-

decisions in civil and criminal matters within the European Union, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 869 ss.; A. MATTERA RICIGLIANO, *The Principle of Mutual Recognition and Respect for National, Regional and Local Identities and Traditions*, in F. KOSTORIS PADOA SCHIOPPA (ed.), *The Principle of Mutual Recognition in European Integration*, Basingstoke, 2005, p. 1 ss.; S. NICOLIN, *Il mercato interno tra mutuo riconoscimento e sussidiarietà*, Padova, 2005, pp. 1, 20 ss.; N. BASSI, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale,* Milano, 2008, pp. 1, 7 ss.; M. MÖSTL, *Preconditions and Limits of Mutual Recognition*, in *CMLR*, 2010, p. 405 ss.

[3] Sulla rilevanza del principio del mutuo riconoscimento si vedano la comunicazione della Commissione COM (1999)299 del 16.6.1999 sul reciproco riconoscimento nel quadro del *follow up* del piano d'azione per il mercato interno; la risoluzione del Consiglio del 28.10.1999 sul reciproco riconoscimento, in *GUCE* C 141 del 19.5.2000. Sul significato e sulla realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia si permette rinviare al nostro *Le Traité de Lisbonne et l'espace judiciaire européen: le principe de confiance réciproque et de reconnissance mutuelle,* in *Revue des affaires européennes*, 2011, pp. 787-791; cfr. anche la nota 8.

zione fra le autorità, come pure la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli". Il Consiglio europeo pone a fondamento dello spazio il principio del mutuo riconoscimento, quale principio generale del diritto UE: esso è la pietra angolare ovvero "il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione tanto in materia civile quanto in materia penale", e deve trovare applicazione "sia alle sentenze sia alle altre decisioni delle autorità giudiziarie"[4].

2. Mutuo riconoscimento e fiducia reciproca. Il Trattato di Lisbona. La tutela di diritti fondamentali

Il mutuo riconoscimento diviene, con le conclusioni di Tampere che hanno influenzato gli sviluppi successivi fino ad oggi, un *trait d'union*, un collegamento rilevante e forte fra mercato interno, circolazione delle persone, cooperazione giudiziaria. Esso rappresenta anche uno strumento di integrazione idoneo a colmare le lacune di un'armonizzazione giuridica e di un ravvicinamento fra le legislazioni nazionali che i Paesi membri non sono stati in condizione di realizzare.

La fiducia reciproca è il presupposto del mutuo riconoscimento: sentenze ed atti non circolerebbero e non sarebbero eseguibili in mancanza di fiducia, e tale ne è l'importanza o essenzialità, da giustificarne l'espressa previsione nella c.d. Costituzione europea. L'Unione, prevedeva l'art. I-42 (par. 1, *b*), avrebbe dovuto costituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (fra l'altro) "favorendo la reciproca fiducia tra le autorità competenti degli Stati membri, in particolare sulla base del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali"[5].

Fiducia e riconoscimento venivano insomma costituzionalizzati, confermando l'obiettivo *lato sensu* politico delle conclusioni di Tampere. La mancata costituzionalizzazione non fa venire meno né l'obiettivo

[4] Il capitolo VI delle "conclusioni", parr. 33-37, è dedicato al "Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie", distinguendo il settore civile (par. 34) da quello penale (par. 35). Sul significato dell'art. 47 della Carta si vedano le "Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali", di cui i giudici dell'Unione e degli Stati membri tengono "debito conto […] al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione" della Carta (art. 52, par. 7 Carta).

[5] L'art. I-42 riguardava anche il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari nazionali nei settori di cui alle politiche e al funzionamento dell'Unione (par. 1, lett. *a*); la cooperazione operativa delle autorità competenti degli Stati membri (par. 1, lett. *b*). Per un commento cfr. H. LABAYLE, *Commentaire article I-42,* in L. BURGORGUE- LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (sous la direction de), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, t. 1, Bruxelles, 2007, p. 545 ss.

né la rilevanza del principio, sempre (e anzi soprattutto) applicabile quando l'armonizzazione non è possibile o lo è solo parzialmente; quando l'integrazione normativa non è realizzabile; quando manca l'accordo anche per una cooperazione rafforzata, che ha visto la sua prima realizzazione (peraltro fra molte difficoltà) proprio nella cooperazione giudiziaria civile, precisamente nel regolamento 1259/2010 sulla legge applicabile in materia di separazione e divorzio[6].

Il principio, in tutti questi casi, esercita una funzione complementare o sussidiaria.

Il TFUE fa proprio il principio, esprimendolo nell'ambito penale e in quello civile, informati alla stessa *ratio*, come emerge dall'art. 67 (che appartiene alle disposizioni generali sullo spazio) e più precisamente dall'art. 81 dedicato alla cooperazione giudiziaria civile, e dall'art. 82 dedicato a quella penale.

Il "riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali in materia civile" è qualificato come un mezzo attraverso cui, "in particolare", l'Unione "facilita l'accesso alla giustizia" (art. 67, par. 4); su questo principio è fondata la "cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali", che si realizza anche con "misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri" (art. 81, par. 1). Riconoscimento ed esecuzione delle decisioni contribuiscono, precisa il TFUE (art. 81, par. 2), al "buon funzionamento del mercato interno" prima ricordato, proponendo una valutazione d'insieme del principio[7].

Il *volet* penale conferisce particolare rilievo alla garanzia di un elevato livello di sicurezza, ma è anch'esso fondato sul "principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie" (art. 82, par. 1; art. 67, par. 4). Il ravvicinamento delle legislazioni è complementare, per quanto riguarda sia le norme di procedura, sia quelle sostanziali.

Precisano le norme in proposito che il ravvicinamento attraverso

[6] Per alcuni rilievi sul regolamento, applicabile dal 21.6.2012, cfr. R. CLERICI, *Il nuovo regolamento dell'Unione europea sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, in *Famiglia e dir.*, 2011, p. 1053 ss.; E. BERGAMINI, *Evoluzioni nel diritto di famiglia dell'Unione europea: il regolamento 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 181 ss.; il nostro *Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione europea*, Milano, 2011, p. 34 ss., nonché *Le norme di conflitto in tema di separazione e divorzio nel regolamento 1259/2010*, in *Dir. comm. int.*, 2012, p. 343 ss.

[7] Per alcuni rilievi sulla cooperazione giudiziaria in materia penale cfr. C. AMALFITANO, *Unione europea e giustizia penale dopo il Trattato di Lisbona*, in *Legislazione penale*, 2011, p. 645 ss.

"norme minime" su profili procedurali (art. 82, par. 2) e sulla definizione di reati e sanzioni (art. 83) può essere necessario per consentire il riconoscimento di "qualsiasi tipo di sentenza e decisione giudiziaria" (art. 82, par. 1, lett. *a*).

Il principio è comune, si applica in un contesto in cui (precisa il TFUE, art. 67, par. 1) si devono rispettare i "diritti fondamentali" della persona nonché i "diversi ordinamenti giuridici" e le "diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri". Il mutuo riconoscimento non si può realizzare se non in conformità a quanto prescrive l'art. 6 TUE, che riconosce i diritti, le libertà, i principi sanciti nella Carta, i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Un rinvio analogo, questo, al rinvio contenuto nel citato art. 67, par. 1[8].

L'affermazione ha valore essenziale per il tema in esame: la tutela dei diritti fondamentali, anche se non fosse richiamata o espressamente prevista dagli atti di diritto derivato che riguardano il reciproco riconoscimento, è principio generale che "governa", per così dire, la materia.

3. Ravvicinamento, riconoscimento, fiducia: il circolo virtuoso

"Civile" e "penale", si è detto, hanno basi giuridiche diverse, ma appartengono allo stesso, comune obiettivo di realizzare lo spazio.

Anche se l'armonizzazione non è realizzata o lo è solo in parte, la fiducia reciproca dovrebbe compensare le differenze fra ordinamenti e consentire il reciproco riconoscimento. La fiducia è nei rispettivi ordinamenti, nell'adeguatezza e nell'idoneità delle norme nonché del sistema giurisdizionale che esprime sentenze e atti. Pur essendo, sentenze e atti, espressione di un sistema nazionale, debbono ritenersi equivalenti e fungibili nello "spazio".

Ravvicinamento e armonizzazione, riconoscimento e circolazione (di sentenze e atti), fiducia reciproca sono una sorta di circolo virtuoso. Il ravvicinamento facilita il riconoscimento, ma come si afferma nel settore penale, il ravvicinamento si compie (art. 82, par. 2) "Laddove necessario per facilitare il reciproco riconoscimento" e, pertanto, se sussiste un sufficiente grado di fiducia reciproca, non è necessario il ravvicinamento, anche se auspicabile.

[8] Sulla tutela dei diritti della persona, anche nella realizzazione dello spazio, si veda, in epoca recente, il nostro *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia a due anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in L. DANIELE (a cura di), *Studi in ricordo di Francesco Caruso*, Napoli, 2013, in *corso di pubblicazione* (*ivi* ampi riferimenti).

Il ravvicinamento è, d'altra parte, più "invasivo" rispetto al reciproco riconoscimento che meglio rispetta, per così dire, la sussidiarietà e, quindi, le prerogative nazionali.

Con riguardo alla cooperazione giudiziaria penale, ma affermando principi (a mio avviso) comuni a quella civile, la Corte di giustizia ha precisato che il principio del *ne bis in idem* (già accolto nella Convenzione di Schengen e fatto proprio dall'*acquis* comunitario), e che ha come presupposto il riconoscimento reciproco, si applica anche in assenza di una preventiva armonizzazione delle norme nazionali. Il principio, afferma la Corte, "implica necessariamente che esiste una fiducia reciproca degli Stati membri nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale e che ciascuno di essi accetta l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse"[9].

Chiamata a decidere sulla validità della decisione-quadro 2002/548 del 13.6.2002 relativa al mandato d'arresto europeo (la prima, e forse più importante "concretizzazione", precisa il considerando n. 6, "nel settore del diritto penale del principio di riconoscimento reciproco" definito a Tampere, ed è proprio in base a detto principio che gli Stati, art. 1, par. 2, "danno esecuzione ad ogni mandato d'arresto europeo"), la Corte ha affermato che lo spazio si realizza superando la tradizionale cooperazione consistente in un sistema multilaterale di estradizione, venendo consegnate le persone condannate o sospettate, al fine di eseguire le sentenze o sottoporre le persone all'azione penale, in un contesto caratterizzato dalla reciproca fiducia[10].

La decisione quadro non si propone di armonizzare il diritto sostanziale degli Stati membri; non vi è subordinazione di applicazione del mandato di arresto europeo all'armonizzazione delle norme penali na-

[9] Cfr. la sentenza 11.2.2003, cause riunite C- 187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügge*, *Raccolta*, p. I-1368, punto 33. Si vedano anche le conclusioni dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, *ibidem*, spec. punti 119-124 (l'obiettivo di un'azione comune in materia penale non può essere raggiunto "senza una fiducia reciproca degli Stati membri nei confronti dei loro sistemi di giustizia penale, né senza il reciproco riconoscimento delle loro rispettive pronunce, adottate all'interno di un vero e proprio «mercato comune dei diritti fondamentali». Infatti, tale riconoscimento è basato sull'idea che, nonostante uno Stato possa non trattare una specifica questione in maniera uguale o simile a quella di un altro Stato, i risultati saranno tali da essere accettati come equivalenti alle decisioni che avrebbe adottato lo Stato interessato, poiché si conformano agli stessi principi e valori. Si tratta di un elemento imprescindibile del processo evolutivo che coinvolge attualmente l'Unione europea: la reciproca fiducia nell'adeguatezza delle normative degli Stati partecipanti e nella corretta applicazione di tali normative".

[10] Cfr. la sentenza 3.5.2007, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, *Raccolta*, p. I-3672, spec. punti 29-34.

zionali. La consegna avviene per i reati indicati, indipendentemente dalla doppia incriminazione; l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione non esprime giudizi di merito sulla decisione adottata dall'autorità giudiziaria emittente. La prima autorità giudiziaria valuta gli elementi previsti dalla decisione quadro e, anche se fra i motivi impeditivi non vi è l'ordine pubblico, deve rispettare quel limite di carattere generale rappresentato dalla tutela dei diritti fondamentali (art. 1, par. 3, considerando n. 12 e n.13), con la conseguenza che la consegna del ricercato non è consentita se non vi è salvaguardia di tali diritti. La "clausola di salvaguardia" è ben espressa nelle norme italiane di attuazione (l. 22.4.2005, n. 69) che richiama le garanzie previste dalla Costituzione e dalla CEDU, oltre che dal Trattato UE (art. 2), e a più riprese, nell'indicazione dei casi di "rifiuto della consegna", indica la tutela di diritti fondamentali e dell'equo processo (art. 18, lett. *a, g, h*), nonché, con una sorta di norma di chiusura, il contrasto della sentenza per la cui esecuzione è domandata la consegna con i "principi fondamentali dell'ordinamento giuridico" del nostro Paese (art. 18, lett. *v*)[11].

Vi è, insomma, un limite di ordine pubblico, espresso con un rinvio a norme e principi, che rappresenta una chiave di lettura comune al "civile" e al "penale", come lo è, d'altra parte, la reciproca fiducia più volte ricordata.

II.

4. Gli ostacoli alla circolazione. a) *L'ordine pubblico. Il diritto di famiglia;* b) *il mantenimento della rilevanza dell'ordine pubblico*

I principi posti a base del mutuo riconoscimento, la creazione del "sistema Bruxelles" (in particolare Convenzione del 1968 e regolamento 44/2001, c.d. Bruxelles I, sulla competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale) ha avuto successo, favorendo, secondo lo schema del circolo virtuoso prima ricordato, l'armonizzazione delle legislazioni (la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato ne è un esempio)[12]. Malgrado il fe-

[11] Sul possibile ricorso alla tutela dei diritti fondamentali, seppur in via eccezionale, cfr. i rapporti della Commissione sull'attuazione della decisione quadro, COM (2005) 63, del 23.2.2005 p. 5 s.; COM (2006) 8, del 24.1.2006, p. 5.

[12] La legge 31.5.1995, n. 218 "nazionalizza" la Convenzione di Bruxelles (e "successive modificazioni", resa esecutiva con legge 21.6.1971, n. 804) in materia di giurisdizione (art. 3, 2° comma) dichiarando applicabile la Convenzione (Sezioni 2, 3, 4 del titolo II) anche quando "il convenuto non sia domiciliato nel territorio di uno Stato contraente". Su questo fenomeno, in generale, si vedano i rilievi di R. LUZZATTO, *Riflessioni*

nomeno di "bruxellizzazione" del diritto nazionale corrisponda alla reciproca fiducia, vi sono ragioni di non riconoscimento delle sentenze (come pure degli atti) che non ne consentono un'automatica e piena circolazione e che giustificano, almeno per determinati fini, la procedura di *exequatur* e la previsione di limiti: ovvero, nelle ipotesi in cui l'*exequatur* sia soppresso, giustificano, fra i motivi di opposizione (al riconoscimento ed esecuzione), quello del contrasto con l'ordine pubblico[13].

La regola prevista dal regolamento 44/2001 è l'effetto automatico del riconoscimento, la sentenza straniera producendo nell'ordinamento *ad quem* gli stessi effetti del Paese di origine[14].

L'accertamento delle condizioni di riconoscimento avviene solo quando vi sia una contestazione in via principale (art. 33, par. 2) o in via incidentale in corso di causa (art. 33, par. 3). La dichiarazione di esecutività (salve le modifiche introdotte dal più recente regolamento 1215/2012, c.d. Bruxelles I *bis*, di cui si dirà oltre) deve essere richiesta, e riguarda le sentenze esecutive nel Paese di origine (artt. 53 e 38). Un ricorso contro la dichiarazione di esecutività comporta la verifica dei requisiti previsti per il riconoscimento (previsti dagli artt. 34, 35 in caso di contestazione del riconoscimento; l'art. 45 dispone che il rigetto o la revoca della dichiarazione di esecutività sono pronunciati "solo per uno dei motivi contemplati" da dette norme).

Le circostanze ostative sono *a)* la manifesta contrarietà con l'ordine pubblico dello Stato richiesto; *b)* la violazione dei diritti della difesa del convenuto contumace (con accertamento, dunque, della comunicazione o notifica dell'atto introduttivo, in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese, salvo che il convenuto, pur avendo avuto la possibilità, non abbia impugnato la decisione, così impedendo al "contumace volontario" di voler rendere più difficile l'esecuzione); il contrasto fra i giudicati, e precisamente *c)* il contrasto della decisione straniera da riconoscere con altra emessa fra le stesse parti nello Stato richiesto (la pendenza non è sufficiente e l'elemento temporale, cioè l'anteriorità di una decisione rispetto all'altra, non è rilevante); *d)* il contrasto della decisione straniera da riconoscere con altra, anteriore, emessa in uno Stato

sulla c.d. comunitarizzazione del diritto internazionale privato, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato,* Liber Fausto Pocar, Milano, 2009, p. 613 ss.; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, 5ª ed., I, Torino, 2010, p. 15; F. DE CESARI, *Diritto internazionale privato dell'Unione europea,* Torino, 2011, p. 3 ss.

[13] Sui profili relativi all'abolizione dell'*exequatur* si veda oltre, par. 5 e par. 6.

[14] Sulla teoria o modello dell'estensione degli effetti e l'orientamento in proposito cfr. Corte di giustizia, 4.2.1988, causa 145/86, *Hoffman*, *Raccolta*, p. 645; 28.4.2009, causa C-420/07, *Apostolides*, *Raccolta*, p. I-3571, punto 59.

membro o terzo, identica per parti, oggetto, titolo quando quest'ultima presenti le condizioni necessarie per essere riconosciuta nello Stato membro richiesto; *e)* la violazione, da parte del giudice del Paese di origine, delle norme sulla competenza in materia di contratto di assicurazione e di contratti conclusi da consumatori, e delle norme sulle competenze esclusive (il giudice dello Stato richiesto, in deroga al divieto di controllare la competenza del giudice dello Stato di origine, può eseguire tale controllo).

I limiti al riconoscimento e all'esecuzione sono, dunque, oggetto di accertamento solo in una seconda, eventuale fase del procedimento, la prima dovendo essere (come precisa il considerando n. 17 del regolamento 44/2001) svolta "in modo efficace e rapido", riguardando gli aspetti formali e documentali. Il giudice, senza contraddittorio con le parti (procedendo secondo uno schema del procedimento monitorio), non può rilevare d'ufficio i motivi di non riconoscimento o esecuzione.

Nel giudizio di opposizione, con il contraddittorio fra le parti, avviene la verifica dei limiti ostativi.

a) *L'ordine pubblico*. *Il diritto di famiglia.* Il limite od ostacolo che ha suscitato e suscita maggior interesse è l'ordine pubblico. L'idea che lo sviluppo del processo di integrazione, la piena realizzazione del principio del buon funzionamento del mercato interno e, a maggior ragione, la realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, abbiano attenuato la sua rilevanza al punto da ritenerne inutile o superflua (se non contraddittoria) la sua previsione suscita molte perplessità, salvo ritenere che la comunitarizzazione-unionizzazione del diritto internazionale privato debba condurre a tale conclusione[15].

[15] Sul limite dell'ordine pubblico, sulla distinzione fra ordine pubblico sostanziale e processuale, e sulla attenuazione della sua rilevanza nel processo di comunitarizzazione-unionizzazione, si vedano, fra i molti contribuiti, L. FUMAGALLI, *L'ordine pubblico nel sistema di diritto internazionale privato comunitario*, in *Dir. comm. int.,* 2004, p. 635 ss. e più recentemente, dello stesso, *Riconoscimento di sentenze straniere*, voce in R. BARATTA (a cura di), *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 417 ss.; P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale. La globalizzazione del diritto privato ed i limiti di operatività degli istituti giuridici di origine estera nell'ordinamento italiano,* Milano, 2005, p. 310 ss.; N. BOSCHIERO, *L'ordine pubblico processuale comunitario ed "europeo"*, in P. DE CESARI, M. FRIGESSI DI RATTALMA, *La tutela transnazionale del credito*, Torino, 2007, p. 163 ss.; D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007, p. 134 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Ordine pubblico «processuale» ed enucleazione dei principi fondamentali del diritto processuale «europeo»*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2008, p. 563 ss. e più recentemente, dello stesso, *The Abolition of* Exequatur *Proceedings: Spending up the Free Movement of Judgments while Preserving the Rights of the Defense,* in *International Journal of Procedural Law-Revue internationale de droit processuel*, 2011, p. 432 ss.; O. LOPES PEGNA, *I procedimenti relativi all'efficacia delle decisioni straniere in materia civile*, Padova, 2009, p. 11 ss. e della stessa, con riguardo al

La tutela di valori fondamentali dei singoli ordinamenti nazionali ha assunto, nel corso del tempo, un diverso significato, coerentemente con il processo di integrazione, e coerentemente con la nozione stessa di ordine pubblico, di contenuto variabile ed elastico, funzionale al raggiungimento di uno scopo proprio e caratteristico di un certo ordinamento. Il riferimento ai valori nazionali, nell'ambito e sul piano dei conflitti di leggi e del riconoscimento ed esecuzione delle decisioni, è contenuto nell'art. 4, par. 1 Trattato UE (che in parte riprende l'art. F, par. 1 Trattato UE nella versione introdotta dal Trattato di Maastricht), l'Unione rispettando l'"identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale".

La stessa norma, al par. 3, afferma il principio di leale cooperazione fra Unione e Stati, nell'esecuzione degli obblighi previsti dal diritto primario e derivato, principio che è strettamente connesso alla reciproca fiducia, senza la quale non si realizzerebbe, peraltro, la leale cooperazione.

Da un punto di vista di diritto sostanziale non vi è dubbio che l'incidenza nella materia commerciale si sia ridotta grazie alla progressiva realizzazione del mercato interno, ma in una materia quale il diritto di famiglia, per quanto la cooperazione giudiziaria abbia raggiunto significativi risultati, il mantenimento di sovranità da parte degli Stati è ancora rilevante, come pure le divergenze fra le legislazioni nazionali, che esprimono un diverso modo di "sentire", e quindi di regolare istituti del

diritto di difesa, in particolare, *L'incidenza dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo rispetto all'esecuzione di decisioni straniere*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 44 ss.; G. CONTALDI, *Ordine pubblico*, voce in R. BARATTA (a cura di), *Diritto internazionale* cit., p. 273 ss.; C. TUO, *La nozione di ordine pubblico processuale tra Bruxelles I e CEDU*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, p. 923 ss. e più ampiamente, della stessa, *La rivalutazione della sentenza straniera nel regolamento Bruxelles I: tra diritti e reciproca fiducia*, Padova, 2012, pp. 69, 77 ss.; G. BIAGIONI, *L'abolizione dei motivi ostativi al riconoscimento e all'esecuzione nella proposta di revisione del regolamento Bruxelles I,* in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 971 ss.; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, spec. p. 77 ss. (e in precedenza, della stessa, *L'abolizione dell'*exequatur *nella proposta di revisione del regolamento n. 44/2001: quale destino per i motivi di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni?*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 832 ss.); F. POCAR, *Révision du Bruxelles I et ordre juridique international*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 591 ss.; F. SALERNO, *Competenza giurisdizionale, riconoscimento delle decisioni e diritto al giusto processo nella procedura europea*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 895, spec. p. 932 ss. Con riferimento alla tutela del diritto di difesa e al giusto processo, cfr. F. SEATZU, *Le garanzie del diritto alla difesa del debitore nel regolamento n. 805/2004 istitutivo del titolo esecutivo europeo per crediti non contestati,* in N. BOSCHIERO, P. BERTOLI (a cura di), *Verso un «ordine comunitario» del processo civile. Pluralità di modelli e tecniche processuali nello spazio europeo di garanzia*, Napoli, 2008, p. 45 ss.

diritto di famiglia[16]. La specialità della materia è confermata dall'art. 81, par. 3 TFUE che richiede l'unanimità del Consiglio per l'approvazione delle relative misure (nonché del passaggio dalla procedura speciale a quella ordinaria) e legittima un parlamento nazionale ad opporsi ad una proposta, impedendone l'adozione (si ricorda anche la dichiarazione n. 61, contenuta nell'atto finale del Trattato di Lisbona, della Polonia, secondo cui la Carta dei diritti fondamentali lascia impregiudicato il diritto degli Stati membri di legiferare in alcuni settori sensibili, quale il settore "del diritto di famiglia").

La fiducia reciproca fra Stati membri non è un'etichetta che non consenta di esaminarne il contenuto. Non si estende, per esempio, ad un diritto di famiglia, per così dire "non tradizionale", che comprende i matrimoni o unioni fra persone dello stesso sesso e i partenariati registrati. Il regolamento n. 2201/2003 sulla competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, c.d. Bruxelles II *bis*, e il regolamento 1259/2010 sull'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore delle legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, c.d. Roma III, non riguardano tali vincoli, unioni, convivenze, e non obbligano i Paesi membri a riconoscere gli *status* derivanti da tali vincoli, unioni, convivenze. L'ordine pubblico rileva per escludere l'applicabilità della legge designata in virtù del regolamento 1259/2010 se la legge è manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro (art. 12); la manifesta contrarietà con l'ordine pubblico dello Stato richiesto impedisce il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni di divorzio, separazione personale, annullamento del matrimonio nonché delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale, dovendo comunque tener conto dell'interesse superiore del minore (artt. 22, 23 regolamento 2201/2003)[17].

b) *Il mantenimento della rilevanza dell'ordine pubblico*. La rilevanza dell'ordine pubblico è affermata, e quindi confermata, nelle due proposte di regolamento su competenza, legge applicabile, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali fra coniugi e in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, nonché nel regolamento 650/2012 su competenza, legge applicabile, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni e degli atti pubblici in materia di

[16] Per alcuni rilievi sul diritto di famiglia, il mutuo riconoscimento e il diritto UE, cfr. F. MOSCONI, *Europa, famiglia e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.,* 2008, p. 347 ss.

[17] Si vedano in proposito i rilievi di E. BERGAMINI, *La famiglia nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 184 ss.; R. CLERICI, *Il nuovo regolamento* cit., *loc. cit.*; il nostro *Divorzio* cit., p. 104 ss.

successioni e, come si dirà poco oltre, nel regolamento Bruxelles I *bis* che ha proceduto alla "rifusione" del regolamento 44/2001, eliminando l'*exequatur*[18].

Non solo non si verifica una "scomparsa" del limite dell'ordine pubblico, ma neppure si possono affermare obblighi, desunti da una comunanza di valori e di principi, che costringano gli Stati a introdurre *status* matrimoniali, o analoghi, non previsti dalle legislazioni dei Paesi membri della UE. Ma neppure previsti, si può aggiungere, dalle legislazioni dei Paesi contraenti della CEDU, come sembra corretto interpretare sia l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sia l'art. 12 della CEDU. Queste norme, che tutelano il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, rinviano alle legislazioni nazionali per disciplinarne l'esercizio e, come ha affermato la Corte costituzionale (richiamando la giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte EDU), si tratta di un rinvio che conferma la valutazione sovrana dello Stato: per quanto riguarda il nostro Paese, "conferma che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento"[19].

*5. L'ordine pubblico processuale. La possibile eliminazione dell'*exequatur *e la previsione, comunque, di limiti*

Il riferimento alla Carta e alla CEDU, per una lettura integrata dei valori e principi che sono posti a base del diritto UE e del diritto rappresentato dalla CEDU (nonché dalla giurisprudenza della propria Corte), si impone nella considerazione dell'ordine pubblico processuale.

In una proposta della Commissione (del 1997) che intendeva sostituire la Convenzione di Bruxelles con un atto del Consiglio, si voleva eliminare, fra i motivi di diniego dell'*exequatur*, l'ordine pubblico, rite-

[18] Cfr. le proposte del 16.3.2011, COM(2011) 126 e COM (2011)127; sulle successioni cfr. il regolamento 650/2012 del 4.7.2012 (che si applica, *ex* art. 83, par. 1 e salve le previsioni indicate nei parr. 2-4, alle successioni delle persone decedute alla data o dopo il 17.8.2015), in particolare: l'art. 35 sull'esclusione dell'applicazione di una legge manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico; l'art. 40 sul non riconoscimento di una decisione manifestamente contraria all'ordine pubblico. Sul regolamento Bruxelles I *bis* cfr. il par. 6.

[19] Cfr. Corte cost., 15.4.2010, n. 138; per alcuni rilievi, e riferimenti ai commenti in proposito, cfr. il nostro *Divorzio* cit., pp. 120, 122 ss., anche sulla possibilità che lo Stato, ricorrendo a una definizione di ordine pubblico attenuato, riconosca determinati effetti, secondari o consequenziali, consistenti nel riconoscimento di diritti di natura assistenziale, alimentare, previdenziale.

nendolo ormai "incongruo, tenuto conto del processo di integrazione europea e in rapporto alla materia civile e commerciale"[20].

Lo si sarebbe sostituito con una serie (esaustiva) di motivi. La soluzione accolta nel regolamento 44/2001 è, come si è detto, diversa, e il tema si è riproposto in occasione della revisione del regolamento, che si è concretizzata con il ricordato regolamento Bruxelles I *bis* (n. 1215/2001): pur essendo stato eliminato l'*exequatur* (art. 39), sono stati mantenuti dei limiti al riconoscimento e all'esecuzione, fra i quali rientra la manifesta contrarietà con l'ordine pubblico (artt. 45, 46). L'abolizione dell'*exequatur* vuol favorire la libera circolazione delle decisioni e dei valori giuridici, eliminando i controlli e prevedendo regole procedurali minime uniformi, ma un possibile diniego, seppur in determinate, limitate ipotesi, è comunque, e correttamente, per i motivi di cui si dirà, previsto[21].

a) L'eliminazione dell'*exequatur* comporta che il controllo si svolga solo nel Paese di origine, rendendo superfluo quello nel Paese di esecuzione. Il regolamento 805/2004 che istituisce un titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati (di cui si dirà oltre) è il primo risultato di tale orientamento, teso a semplificare e a rendere più rapida l'esecuzione, in conformità alle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere[22]. Vi è un contemperamento della mancanza di controllo, rappresentato dall'osservanza di norme minime procedurali che garantirebbero i diritti del debitore ma, ammesso che tale contemperamento sia sufficiente, manca ogni riferimento corrispondente all'art. 34, par. 2 del regolamento 44/2001, cioè all'ordine pubblico.

b) Non è previsto l'*exequatur* anche in tema di responsabilità dei genitori (regolamento 2201/2003) per le decisioni relative al diritto di

[20] Cfr. il doc. COM (97)609 del 26.11.1997, in *GUCE* C 33 del 31.1.1998, proposta di atto del Consiglio che stabilisce la convenzione relativa alla competenza giurisdizionale, al riconoscimento e all'esecuzione, negli Stati membri dell'Unione europea, delle decisioni in materia civile e commerciale (cfr. in particolare l'art. 37 *bis*).

[21] Il regolamento concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (rifusione), è applicabile dal 10.1.2015 (cfr. art. 81). Nella proposta, contenuta nel doc. COM (2010)748 del 14.12.2010, riformulata nella versione del 3.1.2011, doc. COM (2010)748/2, l'ordine pubblico non era stato mantenuto quale motivo di diniego del riconoscimento e dell'*exequatur*. Si vedano sulla rifusione del regolamento 44/2001 i vari contributi in F. POCAR, I. VIARENGO, F. VILLATA (eds.), *Recasting Brussels I*, Padova, 2012, nonché F. POCAR, *Révision* cit., *loc. cit.*; più recentemente M. FARINA, *Per una prima lettura del regolamento* "Bruxelles *I bis*": *il nuovo regime in tema di esecutività delle sentenze straniere*, in *http://aldricus.com/2013/01/13/farina-exequatur/*

[22] Cfr. considerando n. 8 e n. 9 del regolamento, ove si ricordano le conclusioni del Consiglio europeo di Tampere. Sul regolamento cfr. oltre par. 8.

visita e al ritorno di un minore sottratto o illecitamente trattenuto all'estero (art. 47, con riferimento agli artt. 41, 42). La decisione emessa ed esecutiva in uno Stato membro è equiparata alla decisione pronunciata nello Stato membro in cui deve essere eseguita. Il giudice dello Stato di origine rilascia la decisione certificata (secondo un determinato modello) dopo aver verificato il rispetto di alcuni diritti minimi relativi al diritto di difesa delle parti interessate e dopo l'audizione del minore; allo stesso giudice vanno rivolte istanze di modifica o sospensione della decisione[23].

c) La procedura di *exequatur* è abolita nel regolamento 4/2009 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, per quanto riguarda le decisioni emesse in uno Stato membro vincolato dal Protocollo dell'Aja del 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari (art. 17; la legge applicabile indicata dal Protocollo fornisce, come si sottolinea nel considerando n. 24, adeguate garanzie al fine dell'esecuzione automatica). In alcuni casi il giudice dello Stato dell'esecuzione può sospendere o negare l'esecuzione, ma manca un riferimento all'ordine pubblico quale motivo ostativo[24].

d) Le procedure di *exequatur* sono abolite dai regolamenti che applicano procedimenti civili uniformi: a) il regolamento 1896/2006 sul procedimento europeo di ingiunzione di pagamento (di cui si dirà oltre), secondo cui l'ingiunzione, divenuta esecutiva, circola e, quindi, viene eseguita alle stesse condizioni dell'ingiunzione pronunciata nello Stato membro dell'esecuzione (la procedura uniforme non rende necessaria, diversamente dal regolamento 805/2004, la certificazione del titolo); b) il regolamento 861/2007 che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità (di cui si dirà, pure, oltre)[25].

Nel primo regolamento è previsto, a tutela del debitore, un riesame, da parte del giudice *a quo*, della decisione in casi eccezionali (art. 20) o l'opposizione all'esecuzione, da chiedere al giudice *ad quem*, pure in casi eccezionali (art. 23, lett. *c*; il limite dell'ordine pubblico non è, comunque, previsto). Nel secondo regolamento il debitore-convenuto può

[23] Cfr. la sentenza della Corte di giustizia 1.7.2010, causa C-211/10 PPU, *Povse*, *Raccolta*, p. I-6673; sulla competenza del giudice di origine e di quello di esecuzione la sentenza 11.7.2008, causa C-195/08, *Rinau*, *Raccolta*, p. I-5271. Sull'ipotesi in cui è richiesto l'*exequatur* in materia di responsabilità genitoriale, Cassazione 20.12.2005, n. 27188; per rilievi in proposito P. DE CESARI, *Diritto* cit., p. 217 s.

[24] Cfr. l'art. 21; il procedimento si instaura su istanza del debitore. L'ordine pubblico era previsto in una proposta della Commissione, doc. COM (2005)649 del 15.12.2005.

[25] Si vedano, quanto ai regolamenti ricordati, il par. 9; sul regolamento 805/2004, il par. 8.

chiedere, per difetti di notifica, per cause di forza maggiore, per errore nell'emissione della sentenza o sua nullità (art. 18) il riesame della decisione al giudice *a quo*. Lo Stato di esecuzione non può rifiutare l'esecuzione della sentenza, salvo in alcuni, limitati casi (art. 22), fra i quali non è previsto il contrasto con l'ordine pubblico.

6. La modifica del regolamento 44/2001: il regolamento 1215/2012 (c.d. Bruxelles I bis)

Il regolamento Bruxelles I *bis*, in vigore dal 10.1.2015 (art. 39), abolisce l'*exequatur* di una decisione (come pure di un atto pubblico o di una transazione giudiziaria). Non si procede tuttavia all'esecuzione (art. 46) se, su istanza della parte contro cui l'esecuzione è richiesta l'esecuzione, viene dichiarata la sussistenza di uno dei motivi indicati (parimenti) nelle ipotesi in cui viene negato il riconoscimento (art. 45, cui l'art. 46 rinvia). Fra queste ipotesi si ricordano la manifesta contrarietà con l'ordine pubblico dello Stato membro richiesto e il contrasto con il diritto di difesa del convenuto contumace nel giudizio svoltosi nello Stato di origine[26].

Il regolamento, che richiama espressamente (considerando n. 38) l'art. 47 Carta diritti fondamentali dell'Unione europea sul diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, ha adottato una soluzione diversa rispetto alla proposta della Commissione. La proposta (che, peraltro, ammetteva l'*exequatur* in caso di decisioni riguardanti la violazione dei diritti della personalità, in particolare per decisioni in materia di diffamazione internazionale, e in caso di decisioni connesse ad azioni collettive di risarcimento dei danni), non prevedeva il limite dell'ordine pubblico, ma un generico riferimento ai principi fondamentali posti a base del diritto a un giudice imparziale. Il controllo sarebbe stato circoscrit-

[26] Sulle ipotesi di diniego cfr. l'art. 45, par. 1, lett. *a* (riconoscimento "manifestamente contrario all'ordine pubblico (*ordre public*) nello Stato membro richiesto"); lett. *b* (decisione resa in contumacia, "qualora la domanda giudiziale o un atto equivalente non siano stati notificati o comunicati al convenuto in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese eccetto qualora, pur avendone avuto la possibilità, questi non abbia impugnato la decisione"). Le altre ipotesi riguardano l'incompatibilità con altra decisione emessa, fra le stesse parti, nello Stato membro richiesto (lett. *c*) o in un altro Stato membro o terzo, in una controversia avente il medesimo oggetto e titolo, sempre che la decisione soddisfi le condizioni necessarie per essere riconosciuta nello Stato membro richiesto (lett. *d*); il contrasto con le disposizioni sulla competenza in materia di assicurazioni, di contratti conclusi da consumatori, di contratti individuali di lavoro, di competenza esclusiva (lett. *e*).

to ai soli profili processuali, escludendo quelli di carattere sostanziale, e il tradizionale limite dell'ordine pubblico sarebbe stato sostituito con il rispetto di principi fondamentali processuali, facendo prevalere la reciproca fiducia, che non ammetterebbe altre forme di controllo[27].

Per quanto possa essere giustificato restringere le ipotesi di controllo, non lo è la soppressione del controllo per motivi di ordine pubblico. A maggior ragione se si ritiene che vi siano valori di carattere fondamentale, che si identificano con i valori e le tradizioni nazionali la cui osservanza, come si è detto, è comunque garantita dal diritto UE. L'integrazione ovvero la fiducia non può essere, né è, "smisurata". Non sarebbe giustificato ammettere la circolazione di sentenze che contrastino con valori espressi sia dalla Carta dei diritti fondamentali, sia dalla CEDU, quali la tutela della vita familiare o del diritto di proprietà (artt. 7 e 17 Carta; art. 8 CEDU e art. 1 Protocollo addizionale).

Il regolamento Bruxelles I *bis*, diversamente dalla proposta, accoglie dunque la tesi, e la soluzione (condivisa da chi scrive) che riconoscimento ed esecuzione, per quanto sia necessario semplificare ed accelerare la circolazione delle decisioni, non possono violare i diritti fondamentali, previsti dalla Carta e dalla CEDU, e "consacrati" da una giurisprudenza della Corte di giustizia che tiene conto della necessità di bilanciare l'esecuzione rapida con la tutela dei diritti della persona.

Le sentenze *Krombach* prima, e *Gambazzi* poi, sono un importante esempio di tale bilanciamento, ma anche l'orientamento espresso in occasione di decisioni relative al ritorno del minore ai sensi del regolamento Bruxelles II *bis* è indicativo: se è vero che tali decisioni non sono sottoposte a *exequatur*, è vero però che si deve tener conto degli interessi del minore, applicando la Carta dei diritti fondamentali, nella specie l'art. 24 sui diritti del minore[28].

Anche quando la Corte compie un bilanciamento con diversi interessi, per esempio con l'"efficienza dell'amministrazione della giustizia", sottolinea che una restrizione al diritto di difesa non può essere ma-

[27] Cfr. l'art. 46 della proposta, e per una diversità di opinioni in argomento F. SALERNO, *Competenza giurisdizionale* cit., p. 932 ss. Sul possibile contrasto con l'ordine pubblico sostanziale, seppur in casi limitati, Corte di giustizia, 11.5.2000, causa C-38/98, *Renault*, *Raccolta*, p. I- 2973 (punto 30 ss.); causa *Apostolides* cit., punto 59 ss.

[28] Sulla tutela degli interessi del minore cfr. la sentenza 22.12.2010, causa C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga*, *Raccolta*, p. I-14247, spec. punto 60, ove si ricorda la sentenza 5.10.2010, causa C-400/10 PU, *McB*, *Raccolta*, p. I-8965 (spec. punto 50). Sul bilanciamento ricordato cfr. le sentenze 28.3.2000, causa C-7/98, *Krombach, Raccolta*, p. I-1935; 2.4.2009, causa C-394/07, *Gambazzi*, *Raccolta*, p. I-2563.

nifestamente sproporzionata, dovendo "rispondere a requisiti assai rigorosi" (*Gambazzi*)[29].

L'autonomia degli Stati nel disporre norme di carattere processuale non può prescindere dalla tutela di diritti fondamentali, né dal rispetto di principi fondamentali, come quelli di proporzionalità, effettività, equivalenza[30].

Richiamando lo scopo della Convenzione di Bruxelles, che si ispira alla reciproca fiducia ("garantire la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie"), la Corte ricorda come l'obiettivo "non potrebbe tuttavia essere raggiunto indebolendo i diritti della difesa". Si tratta di diritti fondamentali che, per quanto non costituiscano "prerogative assolute" e possano "soggiacere a restrizioni", queste debbono "rispondere effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dal provvedimento" da riconoscere od eseguire[31].

Il *favor* per la circolazione delle sentenze non viene messo in discussione, così come non lo è il carattere eccezionale del limite dell'ordine pubblico[32], o la definizione del contenuto della riserva di ordine pubblico, propria degli Stati, la Corte potendo controllare soltanto i limiti entro i quali i giudici nazionali possono farvi ricorso per non riconoscere od eseguire una decisione[33].

[29] Sentenza *Gambazzi* cit., punti 29-33; in tal senso, in epoca più recente, 6.9.2012, causa C-619/10, *Trade Agency,* non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 42-46.

[30] Sull'autonomia processuale, fra le molte pronunce, 16.12.1976, causa 33/76, *Rewe*, *Raccolta*, p. 1989; 14.12.1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*, *Raccolta*, p. I-4599, punto 14; in epoca più recente 3.9.2009, causa C-2/08, *Olimpiclub*, *Raccolta*, p. I-7501, punto 27. Sul diritto a un processo equo, che si ispira alla tutela dei diritti fondamentali, cfr. le sentenze *Krombach* cit., punto 26 (rifer. *ivi*); in epoca più recente 6.11.2012, causa C-199/11, *Otis*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 46 ss.; 29.1.2013, causa C-396/11, *Radu*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 91 ss.; 26.2.2013, causa C-399/11, *Melloni*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 49-50.

[31] Cfr. la sentenza *Gambazzi* cit., punto 29; sullo scopo della Convenzione di Bruxelles la sentenza *Krombach* cit., punto 43 (ma anche punto 19; la sentenza *Gambazzi* richiama, sotto più profili, punti 26-28, la sentenza *Krombach*, punti 23, 37- 39). Sulla rilevanza della reciproca fiducia, la sentenza 13.10.2011, causa C-139/10, *Prism Investments,* non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 27; *Trade Agency* cit., punto 40.

[32] Su tale carattere cfr. le sentenze *Hoffmann* cit., punto 21; 10.10.1996, causa C-78/95, *Hendrikman*, *Raccolta*, p. I-4943, punto 23; *Krombach* cit., punto 21.

[33] Cfr. *Krombach* cit., punti 22-23; *Renault* cit.*,* punti 27-28, *Apostolides* cit., punti 57-58, *Trade Agency* cit., punti 49-50.

7. L'abuso del diritto

Un limite possibile alla circolazione delle sentenze potrebbe essere rappresentato dall'abuso del diritto. Si tratta di un principio di carattere generale del diritto dell'Unione, anche se non espressamente richiamato in una norma di diritto derivato, la cui applicazione porta a sanzionare il comportamento del soggetto che, pur nel formale rispetto delle condizioni poste dal diritto UE, si proponga di ottenere un vantaggio attraverso la "creazione artificiosa" delle condizioni per il suo ottenimento. Non c'è menzione nella Convenzione di Bruxelles e nei regolamenti ricordati di tale principio, ma ci si può chiedere se possa assumere qualche rilevanza, se dunque possa essere valutato un comportamento delle parti non conforme a buona fede.

Gli elementi che caratterizzano l'abuso sono uno "soggettivo", consistente nella volontà di ottenere un vantaggio derivante dalle norme UE mediante la creazione artificiosa delle condizioni; l'altro "oggettivo", consistente nel rispetto formale delle condizioni previste dal diritto UE[34].

Come più volte ha affermato la Corte, spetta all'autorità nazionale vigilare sulla non abusività dei comportamenti, nel rispetto del divieto di discriminazioni e del principio di proporzionalità[35]. In particolare, in materia di libera circolazione delle persone e di riconoscimento dei diplomi e qualifiche professionali, i cittadini di uno Stato membro (afferma la Corte), non possono tentare, grazie alle possibilità offerte dal diritto comunitario, di sottrarsi abusivamente all'impero delle loro leggi nazionali. Se non è comportamento abusivo "l'accesso più vantaggioso ad una professione" in uno Stato diverso da quello ove si sono seguiti gli studi, lo è, invece, qualora si siano volute "eludere le disposizioni di una normativa nazionale per ottenere l'accesso ad una professione in uno Stato membro senza possedere i necessari requisiti", ricorrendo a operazioni di "carat-

[34] Cfr. la sentenza 21.2.2006, causa C-255/02, *Halifax e a.*, *Raccolta*, p. I-1609, punti 68, 76, 77; 12.9.2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes*, *Raccolta*, p. I-7995, punto 35; 23.10.2008, causa C-286/06, *Commissione c. Spagna, Raccolta*, p. I-8025, punti 69,70; conclusioni dell'avvocato generale Poiares Maduro in causa C-311/06, *Cavallera, Raccolta*, p. I-415, punti 43-48; conclusioni dell'avvocato generale Trstenjak in causa C-118/09, *Koller*, sentenza del 22.12.2010, *Raccolta*, p. I-13627, punti 80-87.

[35] Sul potere dell'autorità nazionale e il margine di apprezzamento della stessa cfr. Corte di giustizia, 7.2.1979, causa 115/78, *Knoors*, *Raccolta*, p. 399, punti 25-26; 27.9.1989, causa C-130/88, *van de Bijl*, *Raccolta*, p. I-3039, punti 26-27; 12.3.1996, causa C-441/93, *Pafitis*, *Raccolta*, p. I-1347; 15.5.1998, causa C-367/96, *Kefalas*, *Raccolta*, p. I-2843. Sulle restrizioni alla libertà di stabilimento, giustificate da pratiche abusive, ma sempre nel rispetto del principio di proporzionalità, cfr. sentenza *Cadbury Schweppes* cit., punto 47; conclusioni dell'avvocato generale Poiares Maduro cit., punto 64.

tere puramente fittizio"[36]. Una reazione "difensiva" da parte dello Stato membro è dunque ammissibile.

Le ipotesi di possibile abuso che sembrano di maggior rilievo sono quelle in materia di diritto di famiglia, precisamente di divorzio.

Si è ben affermato, ormai, non soltanto un turismo per diventare, facilmente e rapidamente, anche avvocati o ingegneri (in Spagna, con successivo riconoscimento automatico del titolo in Italia)[37], ma anche un rilevante turismo a scopo di divorzio, i coniugi potendo radicare, in modo artificioso (attraverso un trasferimento di residenza anche fittizia), la competenza giurisdizionale del giudice che applichi la legge più favorevole rispetto allo scopo prefissato, in tempi rapidi e a costi contenuti[38].

La sentenza di divorzio viene riconosciuta senza che possa essere riesaminata la competenza dell'autorità giurisdizionale dello Stato membro di origine (il limite dell'ordine pubblico non può essere utilizzato a questo fine, art. 24 regolamento 2201/2003); la mancata previsione, nello Stato membro richiesto, per i medesimi fatti, del divorzio (come pure della separazione e dell'annullamento) non impedisce il riconoscimento della sentenza (art. 25). Salva la competenza del giudice dello Stato di origine a porsi il problema dell'abuso, e a non ritenersi competente a giudicare, sembra difficile ammettere una competenza del giudice dello Stato di esecuzione[39].

Si tratterebbe di ammettere un rifiuto distinto da quello giustificato dai motivi di ordine pubblico, ritenendo, per esempio, che lo stabilimento della residenza coniugale sia fittizia e che non ricorrano gli estremi di una situazione transnazionale che giustifichi l'applicazione stessa del regolamento, come pure non ricorrerebbe l'esigenza di assicurare quel

[36] Cfr., per la prima affermazione, *Commissione c. Spagna* cit., punto 69; per le altre affermazioni le conclusioni dell'avvocato generale Poiares Moduro cit., spec. punti 51, 54, 55.

[37] Cfr. le sentenze *Koller*, *Cavallera* citt.

[38] Su questo fenomeno, con particolare riguardo ai divorzi chiesti e ottenuti in Romania, cfr. fra gli altri P. SAPEGNO, *Divorzi all'estero: il fenomeno è in aumento*, in *www.iodonna.it/attualità/primo-piano/2012/divorzi-estero-40826561277.shtml* e *www.jurisconsult.it/divorzio_breve.htm*.

[39] La mancanza di accordo fra i coniugi rende meno rilevante l'ipotesi di abuso: anche se un coniuge può radicare la competenza giurisdizionale mediante trasferimento della residenza, deve avere la certezza che il giudice adito applichi la legge più conveniente, che in genere è quella dello Stato ove è instaurato il procedimento. In mancanza di scelta ad opera delle parti, il reg. 1259/2010, art. 8, lett. *d)*, prevede che trova applicazione la *lex fori*, cioè la legge dello Stato "in cui è adita l'autorità giurisdizionale"); se non si applicasse, potrebbe essere la legge di quello stesso Paese a prevedere la coincidenza fra *forum* e *ius*.

buon funzionamento del mercato interno che è presupposto della cooperazione giudiziaria civile.

Insomma, la reciproca fiducia fra gli Stati sarebbe, in tal caso, tradita. Un tentativo (da parte dell'Irlanda) di inserire, nella Convenzione sul divorzio del 1998, una clausola fondata sull'abuso, qualora i coniugi avessero ottenuto una sentenza di divorzio in un Paese ove la residenza abituale non era effettiva (mancando, dunque, un vincolo reale fra detto Paese e i coniugi), non ebbe successo, ritenendo prevalente il principio di reciproca fiducia che escludeva il riesame del merito nello Stato richiesto[40].

Ma il problema (almeno ad avviso di chi scrive) resta aperto, salvo voler ricondurre l'abuso ai motivi di ordine pubblico, comprendendovi, dunque, anche un'ipotesi che meriterebbe comunque una valutazione autonoma.

III.

8. L'eliminazione ed assenza di exequatur. *Ordine pubblico processuale e norme minime di garanzia: il regolamento sul titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati*

La coincidenza dell'ambito di applicazione del regolamento 44/2001 con quello del regolamento sul titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati (805/2004) e l'opzione, per il creditore, di seguire la procedura per la dichiarazione di esecutività a norma del primo, ovvero di chiedere il rilascio della certificazione del titolo esecutivo a norma del secondo (opzione prevista dall'art. 27 di quest'ultimo), induce a svolgere alcuni rilievi sulla *ratio* e il contesto generale in cui si colloca il regolamento[41].

[40] Cfr. in proposito i rilievi di M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003, p. 1778 ss.; per rilievi, in generale, sull'abuso nel diritto dell'UE, S.M. CARBONE, *Brevi riflessioni sull'abuso del diritto comunitario: commercio internazionale ed esercizio delle libertà individuali*, in *Dir. comm. int.*, 2011, p. 67 ss.; A. ADINOLFI, *La nozione di "abuso di diritto" nell'ordinamento dell'Unione europea,* in *Riv. dir. int.*, 2012, p. 329 ss. (*ivi* riferimenti); C. TUO, *La rivalutazione* cit., p. 141 ss. Per un'ipotesi di abusi, prospettata nel passato, con riferimento a sentenze di divorzio pronunciate all'estero, D. ANZILOTTI, *Ancora sulla questione dei cosiddetti divorzi "in fraudem legis"*, in D. ANZILOTTI, *Scritti di diritto internazionale privato*, vol. III, Padova, 1960, p. 565 ss. (già in *Riv. dir. int.*, 1913).

[41] Sul regolamento, fra i molti contributi, cfr. L. FUMAGALLI, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati nel regolamento comunitario n. 805/2004*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 23 ss.; A. M. ROMITO, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati e l'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 119 ss.; G. CARELLA, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati,*

La necessità di consentire il recupero dei crediti in modo rapido ed efficace e l'esigenza di semplificare le procedure a tal fine, facilitando dunque il processo esecutivo, hanno avuto come conseguenza l'eliminazione dell'*exequatur* ovvero del procedimento intermedio per il riconoscimento e l'esecuzione. Eliminazione, come si è prima ricordato, che ha avuto la sua più recente evoluzione nel regolamento Bruxelles I *bis* (con la previsione, tuttavia, di motivi che possono giustificare il diniego di riconoscimento e di esecuzione)[42]. Incidendo, dunque, sulla tradizionale autonomia processuale degli Stati membri, e conferendo massimo rilievo alla fiducia reciproca, le decisioni giudiziarie e le transazioni giudiziarie, nonché gli atti pubblici certificati come titoli esecutivi europei nello Stato membro di origine sono riconosciuti ed eseguiti negli altri Stati membri senza l'intervento "autorizzativo" da parte dello Stato in cui si vuole procedere all'esecuzione. La verifica delle condizioni per il rilascio del certificato è compito del giudice dello Stato di origine: la certificazione diviene, dunque, il fulcro o momento centrale del procedimento.

L'idoneità del titolo viene certificata in virtù di modelli contenuti negli allegati (I, II, III) al regolamento[43]. La decisione di certificazione non è impugnabile; l'esecuzione si svolge secondo le regole della *lex fori*; il rifiuto dell'esecuzione è previsto in caso eccezionale (art. 21, se la decisione certificata è incompatibile con una decisione anteriore pronunciata in uno Stato membro o terzo, e riguarda lo stesso oggetto e le stesse parti). È vero che il rilascio del titolo esecutivo non è impugnabile (pur essendo previste ipotesi di rettifica, revoca *ex* art. 10), ma sono previste norme minime di garanzia per il debitore: si tratta della garanzia di un equo processo e del diritto al contraddittorio, con riferimento a quanto previsto dall'art. 47 Carta dei diritti fondamentali espressamente richia-

in G. CARELLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria ed efficacia delle sentenze: problematiche di diritto internazionale ed europeo*, Bari, 2007, p. 27 ss.; W. FINELLI, *Il Regolamento (CE) del 21 aprile 2004, n. 805 sul titolo esecutivo europeo per i crediti ed abolizione dell'*exequatur, in L. RUGGERI (a cura di), *I rapporti di famiglia nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2007, p. 87 ss.; F. SEATZU, *Le garanzie* cit., *loc. cit.*; D. MILAN, *Il titolo esecutivo europeo*, in A. BONOMI (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, 2009, p. 193 ss.; F. PASTORELLI, *Il regolamento (CE) n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati*, in M. TARUFFO, V. VARANO (a cura di), *Manuale di diritto processuale civile europeo,* Torino, 2011, p. 213 ss. Per alcuni rilievi sui rapporti fra il regolamento e il "nuovo" regolamento Bruxelles I *bis*, M. FARINA, *Per una prima lettura* cit., pp. 2, 7.

[42] Cfr. quanto si è detto nel par. 6.

[43] Un modello analogo è previsto dall'art. 53 del regolamento Bruxelles I *bis* (allegato I, attestato relativo alle decisioni in materia civile e commerciale).

mata (considerando n. 11 e n. 12)[44]. Sono dunque previste regole minime relative sia *a)* alla notificazione al debitore (art. 14), sia *b)* al contenuto della domanda giudiziale (art. 16) che, se non rispettate, legittimano il debitore a chiedere il riesame della decisione.

Si tratta di norme minime per casi eccezionali, che consentono (come nel caso di richiesta di rettifica e revoca) la sospensione dell'esecuzione (art. 23, che prevede anche la limitazione del procedimento ai provvedimenti conservativi e la subordinazione dell'esecuzione ad una cauzione).

Le norme minime corrispondono all'esigenza di garantire il rispetto di un ordine pubblico processuale (già previsto nell'art. 27, par. 2 Convenzione di Bruxelles e nell'art. 34, par. 2 regolamento 44/2001, e più recentemente nell'art. 45, par. 1, lett. *b* regolamento Bruxelles I *bis*) nell'interpretazione "garantista" fornita dalla Corte di giustizia. La notifica o comunicazione deve essere effettuata in tempo utile per garantire la difesa ed è comunque sufficiente, anche se non regolare, una notifica che sia idonea a determinare nel convenuto una conoscenza del contenuto della decisione, nel tempo utile per apprestare le proprie difese[45].

La previsione di norme minime di garanzia è sintomo di fiducia, fra gli Stati, quanto all'esistenza di meccanismi comuni di esecuzione, anche se il regolamento riconosce (e di qui deriva un suo limite) di non comportare un obbligo di adeguamento alle norme minime procedurali, ma di rappresentare "un incentivo in tal senso, agevolando l'accesso a una più efficiente e rapida esecuzione delle decisioni […] solo a condizione che siano rispettate" le norme minime previste (considerando n. 19).

Il rifiuto dell'esecuzione è consentito, come si è visto, nel solo caso di incompatibilità del titolo con altro, anteriore titolo. Nel giudizio di opposizione all'esecuzione sarebbe tuttavia ammissibile, secondo un certo orientamento, dedurre l'inesistenza e nullità del titolo (annullabilità del negozio che connota il titolo; fatti impeditivi, modificativi, estintivi successivi alla formazione del titolo esecutivo che ne comportano l'inef-

[44] Per un richiamo espresso dell'art. 47 da parte del regolamento Bruxelles I *bis* (considerando n. 38) cfr. i rilievi svolti al par. 6.

[45] Cfr. la sentenza 14.12.2006, causa C-283/05, *ASML*, *Raccolta*, p. I-12041, punti 41-43; sulla possibile sanatoria dell'inosservanza delle norme minime previste dal regolamento 805/2004, cfr. l'art. 18. Sul tema cfr. F. SEATZU, *Le garanzie del diritto alla difesa del debitore nel regolamento n. 805/2004 istitutivo del titolo esecutivo europeo per crediti non contestati*, in N. BOSCHIERO, P. BERTOLI (a cura di), *Verso un "ordine comunitario"*, Napoli, 2008, p. 45 ss.

ficacia), nonché la contrarietà della decisione straniera certificata all'ordine pubblico dello Stato di esecuzione[46].

*9. Assenza dell'*exequatur *e regolamenti sull'unificazione delle norme processuali interne.* a) *Il regolamento sul procedimento di ingiunzione di pagamento;* b) *il regolamento sul procedimento europeo per le controversie di modesta entità;* c) *la presenza di limiti quanto all'esecuzione; la necessità di garanzie*

Norme procedurali, di unificazione delle norme interne, sono invece dettate nei regolamenti c.d. di seconda generazione, aventi riguardo sia ad un rapido recupero dei crediti (come già il regolamento 805/2004), sia a facilitare l'accesso alla giustizia.

Il regolamento sul procedimento di ingiunzione di pagamento (1896/2006) e quello istitutivo di un procedimento per le controversie di modesta entità (861/2007) rappresentano due significative iniziative di unificazione dei diritti processuali interni[47]: norme processuali uniformi, dunque, che non riguardano né la giurisdizione, né il riconoscimento e l'esecuzione fondate sul principio del mutuo riconoscimento.

Il livello di integrazione è, dunque, ancor più avanzato nell'ambito

[46] Per queste ipotesi cfr. S.M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al regolamento CE n. 805/2004,* 6ª ed., Torino, 2009, p. 276.

[47] Sui due regolamenti, fra i vari contributi, cfr. rispettivamente, sul primo, S. BASTIANON, *Prime osservazioni sul regolamento (CE) n. 1896/2006 che istituisce un procedimento europeo di ingiunzione di pagamento*, in *Giur. merito*, 2008, p. 2871 ss.; P. BERTOLI, *Verso un diritto processuale civile comunitario uniforme: l'ingiunzione europea di pagamento e le controversie di modesta entità*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2008, p. 395 ss.; D. MILAN, *L'ingiunzione di pagamento europeo*, in A. BONOMI (a cura di), *Diritto internazionale* cit., p. 293 ss.; A. A. ROMANO, *Il procedimento europeo di ingiunzione di pagamento*, Milano, 2009; P. BIAVATI, *Il regolamento (CE) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento*, in M. TARUFFO, V. VARANO (a cura di), *Manuale* cit., p. 311 ss. Sul secondo, cfr. E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento uniforme per le controversie di modesta entità*, Torino, 2008; A. LEANDRO, *Il procedimento europeo per le controversie di modesta entità*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 65 ss.; M. MELLONE, A. PANCALDI, *Il nuovo regolamento comunitario sulle controversie di modesta entità,* in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 281 ss.; D. MILAN, *Il procedimento europeo per le controversie di modesta entità*, in A. BONOMI (a cura di), *Diritto internazionale* cit., p. 321 ss.; F. ROTA, *Il regolamento (CE) n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007 che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità*, in M. TARUFFO, M. VARANO (a cura di), *Manuale* cit., p. 337 ss. Per alcuni rilievi sui rapporti fra i due regolamenti e il "nuovo" regolamento Bruxelles I *bis*, cfr. M. FARINA, *Per una prima lettura* cit., pp. 2, 7.

della cooperazione giudiziaria civile, poiché le decisioni pronunciate secondo le regole indicate (unificate ovvero comunitarizzate) sono equiparate a quelle nazionali e non occorre alcuna procedura di *exequatur*.

a) *Il regolamento sul procedimento di ingiunzione di pagamento*

Lo Stato richiesto per procedere all'esecuzione non esercita un potere di valutazione sull'ingiunzione esecutiva. Il rifiuto di esecuzione su istanza dell'ingiunto è, come nel regolamento 805/2004, eccezionale, potendo questi opporsi solo nel caso in cui non abbia avuto la possibilità di far valere l'incompatibilità fra l'ingiunzione ed altra ingiunzione o decisione anteriore, pronunciata in altro Stato membro o terzo, fra le stesse parti e avente il medesimo oggetto (art. 23, lett. *c*)[48].

Come già nel regolamento 805/2004, si intendono impedire procedure dilatorie o pretestuose da parte dei debitori, non consentendo quindi al debitore (artatamente) contumace di opporsi all'esecuzione.

b) *Il regolamento sul procedimento europeo per le controversie di modesta entità*

Il regolamento che istituisce il procedimento europeo per le controversie di modesta entità (controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale il cui valore non superi duemila euro al momento della domanda) elimina la procedura intermedia per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, che sono immediatamente esecutive; consente l'impugnazione in casi eccezionali (quando il convenuto non abbia potuto presentare le proprie difese, art. 17); consente il riesame davanti al giudice dello Stato membro di origine in casi, parimenti, eccezionali (difetto di notifica, impossibilità di difesa per causa di forza maggiore, errore nell'emissione della pronuncia o nullità della stessa, art. 18).

Il procedimento che si svolge avanti al giudice la cui competenza è determinata secondo le norme del regolamento 44/2001, ha tempi e termini molto brevi (artt. 5-9), nonché modalità semplificate: non è necessaria l'assistenza di un avvocato (art. 10); l'organo giurisdizionale procedente non obbliga le parti a sottoporre valutazioni giuridiche della controversia (art. 12). L'esecuzione nello Stato richiesto avviene, come si è detto, senza *exequatur*, mediante un certificato (solo questo deve essere tradotto, non la sentenza) e il rifiuto dell'esecuzione è eccezionale (art. 22).

[48] Osserva P. DE CESARI, *Diritto* cit., p. 318, che l'eliminazione dei controlli intermedi nello Stato richiesto dell'esecuzione riguarda anche il limite dell'ordine pubblico internazionale; quanto al procedimento nello Stato di origine, non sarebbe possibile valutarne la conformità ai principi dell'equo processo.

c) *La presenza di limiti quanto all'esecuzione; la necessità di garanzie.*

Rapidità e formulari uniformi, soppressione o assenza dell'*exequatur*, previsione di un minimo di norme o di norme minime di carattere processuale rappresentano un progresso.

La mancanza di norme processuali uniformi in materia di esecuzione è tuttavia un limite, anche per quanto riguarda l'accesso stesso alla giustizia. Tale limite è però contemperato dalla necessità di garantire comunque (pure nel processo esecutivo) le regole del giusto processo *ex* art. 6 CEDU e art. 47 Carta dei diritti fondamentali[49]. Il principio generale, più volte ricordato, è anche in tal caso "insuperabile".

IV.

10. La "circolazione agevolata" degli atti. Le norme in vigore. I limiti: a) *la circolazione degli atti pubblici, formati ed aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro;* b) *la circolazione delle transazioni giudiziarie; c) la circolazione degli accordi conclusi in sede di mediazione*

La Commissione europea, sensibile alle difficoltà che i cittadini incontrano nei loro spostamenti, che debbono avvenire senza ostacoli o impedimenti, ha avviato iniziative affinché gli oltre dodici milioni di cittadini UE che vivono in uno Stato membro diverso da quello di provenienza (valutata anche la possibilità che, negli anni a venire, tale numero aumenti) incontrino il minor numero possibile di ostacoli burocratici.

È stato, così, adottato dalla Commissione un *Libro verde* dal titolo "Meno adempimenti amministrativi per i cittadini. Promuovere la libera circolazione dei documenti pubblici e il riconoscimento degli effetti degli atti di stato civile", con il proposito non solo di "rendere la vita dei cittadini più facile", ma di venire incontro a loro esigenze in termini di costi e tempi, allo scopo di rendere effettivo il mercato unico, in particolare quello dei servizi: "formalità obsolete", secondo il Vicepresidente della Commissione europea Reding (commissario per la giustizia, i diritti fondamentali e la cittadinanza), che "costano tempo e soldi" e "frustrano i cittadini", imponendosi la creazione di "uno spazio europeo unico di giustizia in cui i documenti pubblici vengano pienamente riconosciuti"[50].

[49] Per qualche rilievo in proposito, P. DE CESARI, *Diritto* cit., p. 127; F. SEATZU, *Le garanzie* cit., *loc. cit.*

[50] Sul *Libro verde* cfr. il doc. COM (2010) 747 del 14.12.2010; sulle dichiarazioni del Vicepresidente Reding cfr. il documento della Commissione IP/10/1704 del

L'iniziativa della Commissione è prodromica all'adozione di proposte legislative, presumibilmente di direttive, considerata la funzione armonizzatrice di tali atti. Si tratta di norme che vanno a completare la libera circolazione sia delle decisioni giudiziarie, sia degli atti pubblici, formati ed aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro, sia delle transazioni giudiziarie, concluse avanti al giudice nel corso di un processo ed aventi efficacia esecutiva nello Stato membro di origine.

In materia civile e commerciale (competenza giurisdizionale, riconoscimento, esecuzione delle sentenze) dispongono l'art. 57 (quanto agli atti pubblici, tali essendo considerate anche le convenzioni in materia di obbligazioni alimentari concluse davanti alle autorità amministrative o da esse autenticate) e l'art. 58 (quanto alle transazioni) del regolamento 44/2001 (rispettivamente art. 58 e art. 59 del "nuovo" regolamento Bruxelles I *bis*). Il regime di circolazione di atti e transazioni, la cui esecutività è accertata da un attestato rilasciato dal giudice (art. 57) o dall'autorità competente (art. 58), si ispira al principio generale del mutuo riconoscimento. Ma è ancor più agevolato e facilitato rispetto alle decisioni giudiziarie, perché l'unico motivo ostativo all'esecuzione è la manifesta contrarietà all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto (art. 57, par. 1; l'art. 58, quanto alle condizioni, richiama l'art. 57)[51]. La

14.12.2010. Sulla nozione e contenuto della cittadinanza dell'Unione cfr. i riferimenti alla nota 76.

[51] Si vedano, sulle norme ricordate del regolamento 44/2001 (e anche per riferimenti alle norme del reg. 805/2004 di cui poco oltre nel testo), i rilievi, fra gli altri, di S.M. CARBONE, *Lo spazio* cit., pp. 284, 290 ss.; G. P. ROMANO, *Riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel Regolamento «Bruxelles I»*, in A. BONOMI (a cura di), *Diritto internazionale* cit., p. 188 ss.; P. DE CESARI, *Diritto internazionale* cit., Torino, 2011, pp. 145 s., 162 ss. In generale, sul tema degli atti pubblici formati all'estero si vedano, in epoca più recente, i contributi in AA.VV., *Gli atti provenienti dall'estero,* Milano, 2007 (in particolare P. PASQUALIS, *Gli atti pubblici provenienti dall'estero*; D. OCKL, *Le scritture private autenticate provenienti dall'estero*; C.A. MARCOZ, *Il deposito degli atti esteri/la legalizzazione e l'apostille*; E. MORANDI, *La pubblicità immobiliare e gli atti provenienti dall'estero*; P. SCALAMOGNA, *Forma e pubblicità per gli atti formati all'estero relativi a società italiane*; G. ARICÒ, *Le procure provenienti dall'estero*; F. SALERNO CARDILLO, *Le convenzioni matrimoniali provenienti dall'estero*; D. DAMASCELLI, *Testamenti redatti all'estero. Successioni di cittadini stranieri e beni siti in Italia;* M. L. MATTIA, *Le donazioni effettuate all'estero*; E. CALÒ, *Sentenze straniere-esecuzione in Italia/provvedimenti di volontaria giurisdizione esteri*, e dello stesso cfr. pure *Il diritto internazionale privato e dell'Unione europea, nella prassi notarile, consolare e forense*, Milano, 2010, p. 525 ss.; C. BRUNELLI, *Le dichiarazioni sostitutive di atto notorio di cittadini stranieri o provenienti dall'estero*). Cfr. inoltre C. NOURISSAT, P. CALLE, P. PASQUALIS, P. WAUTELET, *Pour la reconnaissance des actes authentiques au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, in *Petites affiches*, 2012, n. 68, p. 6 ss., nonché, con riferimento al reg. 650/2012, S. FITCHEN, *« Recognition » Acceptance and Enforcement of Authentic Ins-*

stessa disciplina (anche se la formulazione della norma è parzialmente diversa), è prevista nel regolamento Bruxelles I *bis*, che tuttavia sopprime l'istanza di parte ai fini della dichiarazione di esecutività, in conformità alla regola generale di abolizione dell'*exequatur*, di cui si è detto[52].

Disposizioni di contenuto analogo sono contenute nel regolamento 2201/2003 (art. 46), nel regolamento 805/2004 (artt. 24, 25), nel regolamento 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari (art. 48) e nel più recente regolamento 650/2012 in materia di successioni (artt. 59-61)[53], nonché, come si è appena ricordato, nel regolamento Bruxelles I *bis*.

Prima di esaminare le proposte della Commissione sulla "circolazione agevolata", sembra opportuno svolgere alcuni rilievi sul regime oggi in vigore, rispetto al quale, già si è detto, le proposte si prospettano come completamento ed evoluzione.

a) *La circolazione degli atti pubblici, formati ed aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro.*

In primo luogo, per quanto riguarda gli atti pubblici, si osserva che diversamente dal regolamento 805/2004 (come pure dal regolamento 650/2012), il regolamento 44/2001 (ma anche il più recente Bruxelles I *bis*) non contiene una definizione di atto pubblico. Essa, tuttavia, può trarsi sia dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenza *Unibank*), sia dall'art. 4, par. 3 reg. 805/2004, che riprende (peraltro) l'orientamento della Corte, sia dall'art. 3, par. 1 reg. 650/2012, che contiene una definizione analoga[54].

truments in the Succession Regulation, in *Journal of Private International Law*, 2012, p. 323 ss.

[52] Cfr. il par. 6. Gli artt. 57 e 58 del reg. 44/2001 sono sostituiti dagli artt. 58 e 59; tuttavia l'art. 57, par. 4 e l'art. 58, seconda frase, sul rilascio di un attestato, da parte dello Stato membro di origine, relativo all'atto pubblico o alla transazione, sono accorpati in un'unica norma, precisamente l'art. 60, che rinvia a un allegato, il II, che contiene una sintesi dell'obbligazione esecutiva registrata nell'atto pubblico ovvero di quanto concordato fra le parti e registrato nella transazione giudiziaria (nel regolamento 44/2001, invece, i formulari e gli allegati sono distinti, il VI per l'atto pubblico, il V per la transazione). Mentre l'art. 57 fa riferimento agli atti "formati ed aventi efficacia esecutiva nello Stato membro di origine", l'art. 58 del "nuovo" regolamento fa riferimento, più semplicemente, agli atti "aventi efficacia esecutiva" in detto Stato.

[53] Come si è ricordato, il regolamento 650/2012 si applicherà alle successioni delle persone decedute alla data o dopo il 17.8.2015.

[54] Si veda la sentenza 17.6.1999, causa C-260/97, *Unibank*, in *Raccolta*, p. I-3715, punto 15 ss. La pubblica autorità, il notaio in particolare, non solo autentica la firma, ma le dichiarazioni rese dalle parti e le circostanze avvenute in sua presenza. La Corte (interpretando la Convenzione di Bruxelles) ha precisato che un titolo di credito esecutivo nello Stato di origine è autentico se la sua autenticità è attestata da un'autorità pubblica o da qualsiasi altra autorità pubblica a ciò autorizzata da tale Stato (cfr. la definizione, di cui poco oltre nel testo, contenuta nel regolamento 805/2004). Per un commento alla senten-

Gli stessi rilievi valgono per il regolamento 2201/2003, che (art. 46) equipara gli atti pubblici formati ed aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro e gli accordi aventi efficacia esecutiva nello Stato membro di origine alle decisioni giudiziarie (atti e accordi sono riconosciuti ed eseguiti alle stesse condizioni previste per le decisioni giudiziarie)[55]. Parimenti, in materia di obbligazioni alimentari, transazioni giudiziarie e atti pubblici esecutivi hanno la stessa esecutività delle decisioni (art. 48).

Atto pubblico è, dunque, il documento formalmente redatto o registrato come pubblico in uno Stato membro e la cui autenticità riguardi sia la sottoscrizione, sia il contenuto, l'attestazione provenendo da un'autorità pubblica o da altra autorità autorizzata dallo Stato membro di origine (art. 4, reg. 805/2004; art. 3, par. 1 reg. 650/2012).

Gli effetti di tali atti autentici sono, nel rispetto di determinate condizioni, equiparati a quelli delle decisioni giudiziarie[56].

L'efficacia esecutiva degli atti pubblici e transazioni giudiziarie è provata tramite un "attestato" rilasciato dall'autorità competente secondo un modello definito dal regolamento 805/2004 (allegati V e VI); un attestato è pure rilasciato per gli atti pubblici e le transazioni giudiziarie in materia successoria (artt. 60, 61 regolamento 650/2012)[57].

za cfr. A. BARONE, *L'atto autentico ai sensi dell'art. 50 della convenzione di Bruxelles*, in *Notariato*, 2000, p. 217 ss. Come osserva S.M. CARBONE, *Lo spazio* cit., p. 285, si tratta di definizione essenzialmente coincidente con quella accolta nel nostro ordinamento, ai sensi degli artt. 2699, 2700 cod. civ. Per ampi rilievi in proposito cfr. R. CAFARI PANICO, *L'efficacia degli atti pubblici stranieri. La proposta di regolamento su giurisdizione e legge applicabile a successione e testamento*, in M. C. BARUFFI, R. CAFARI PANICO (a cura di), *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, Padova, 2009, spec. p. 211 ss. Cfr. inoltre, sulla definizione fatta propria dal regolamento 650/2012, i rilievi di J. FITCHEN, "*Recognition"* cit.; C. NOURISSAT, P. CALLÉ, P. PASQUALIS, P. WAUTELET, *Pour la reconnaissance* cit. Sulla finalità di quest'ultimo regolamento, di favorire la circolazione degli atti rilasciati dai notai, si veda il considerando n. 22.

[55] Sull'art. 46 cfr. i rilievi di E. BERGAMINI, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia familiare*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, t. III, 2ª ed., Milano, 2009, p. 4699 ss. (riferimenti *ivi*).

[56] Su questi profili, con vari esempi tratti dalle norme nazionali dei Paesi membri, G.P. ROMANO, *Riconoscimento* cit., p. 189 s. Per alcuni rilievi sul controllo di legalità previsto dall'art. 106 della legge notarile n. 89/1913, e sulla sua possibile esclusione, cfr., più recentemente, G. GRUMETTO, *Il deposito di atti provenienti dall'estero*, in F. PREITE (dir.), *Trattato notarile, Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale,* vol. 2, *Diritto internazionale privato*, Torino, 2011, p. 430 ss. *ivi* riferimenti.

[57] Sul rilascio di certificati relativi a decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale (utilizzando determinati moduli), cfr. anche art. 39 regolamento 2201/2002 e sul rilascio di estratti delle transazioni giudiziarie o degli atti pubblici cfr. art. 48 regolamento 4/2009. Quest'ultimo regolamento prevede che un atto pubblico redatto in uno Stato membro deve avere in altro Stato membro la stessa efficacia probatoria ovvero produrre "gli effetti più comparabili", salvo che "sia manifestamente contrario

La "circolazione agevolata" di atti e transazioni, cui si è fatto prima riferimento, è limitata dall'ambito materiale di applicabilità dei regolamenti ricordati e dai requisiti di autenticità ed esecutività, con ciò escludendo gli atti e accordi fra privati, anche se fossero, in un ordinamento nazionale, "esecutivi" (ma privi di autenticità e, quindi, "non pubblici").

Atti pubblici e transazioni giudiziarie possono essere oggetto di ricorso nella c.d. fase a cognizione piena prevista avanti al giudice nazionale. Mediante ricorso può, invero, essere contestata la natura di atto pubblico, il rispetto dei requisiti formali, dell'atto o della transazione, la regolarità della documentazione, l'applicabilità materiale del regolamento all'atto o alla transazione[58].

b) *La circolazione delle transazioni giudiziarie*

Per quanto riguarda la transazione giudiziaria, la giurisprudenza della Corte di giustizia (*Solo Kleinmotoren*) fornisce indicazioni utili a differenziarla dalla decisione giudiziaria.

Alla transazione giudiziaria avvenuta nel processo è equiparata quella avvenuta fuori, ma resa esecutiva dal giudice o dall'autorità pubblica. Nel caso di contrasto con una sentenza straniera, la transazione, in quanto fondata essenzialmente sulla volontà delle parti, "cede" di fronte a una decisione di un organo giurisdizionale che statuisce, con poteri propri, su questioni controverse fra le parti[59].

all'ordine pubblico dello Stato richiesto" (art. 59, par. 1); gli effetti probatori possono essere precisati in un modulo che accompagna l'atto (art. 59, par. 2). Quanto all'esecutività dell'atto, essa va dichiarata secondo la procedura prevista per le decisioni giudiziarie e le transazioni (esecutività che, *ex* art. 60, deve essere richiesta dalla parte).

[58] Cfr. art. 43 ss. regolamento 44/2001 sul ricorso contro la decisione relativa all'istanza intesa ad ottenere una dichiarazione di esecutività. Per la disciplina relativa al diniego dell'esecuzione nel regolamento Bruxelles I *bis*, cfr. art. 46 ss.; l'art. 58, par. 1 richiama, per gli atti pubblici, le norme applicabili all'esecuzione delle decisioni. Sui casi, limitati, di rigetto o revoca della dichiarazione di esecutività (anche nel caso di possibile contrasto con l'ordine pubblico), G.P. ROMANO, *Riconoscimento* cit., p. 190 s. Sull'ipotesi di opposizione contro la decisione, in materia matrimoniale, ai sensi del regolamento 2201/2003, pronunciata a seguito di istanza tesa a ottenere una dichiarazione di esecutività, cfr. art. 33 di detto regolamento. Sull'ipotesi di contestazione circa l'autenticità di un atto o di ricorso contro la decisione relativa alla domanda volta ad ottenere una dichiarazione di esecutività in materia di successioni, cfr. artt. 59, 60 regolamento 650/2012. Il reg. 805/2004 prevede ipotesi di rettifica e revoca del titolo esecutivo (per errore, *ex* art. 10) e di rifiuto dell'esecuzione su richiesta del debitore se la decisione giudiziaria certificata come titolo esecutivo è incompatibile con una decisione anteriore pronunciata in uno Stato membro o terzo (alle condizioni previste dall'art. 21).

[59] Cfr. la sentenza 2.6.1994, causa C-414/92, *Solo Kleinmotoren*, *Raccolta*, p. 2237; per alcuni rilievi in proposito G. COSCIA, *Contrasto fra decisioni e atti equiparati*, in *Foro it.*, 1996, IV, 463 ss. Nello stesso senso, con riferimento ad una transazione avvenuta fuori dal processo, cfr. Cour Cass. (francese), 11.2.1997, in *Revue critique*, 1998, p. 326 con nota di P. MAYER. Alle transazioni giudiziarie fanno riferimento, come si è detto,

c) *La circolazione degli accordi conclusi in sede di mediazione*

L'accordo raggiunto in sede di mediazione è espressamente contemplato dalla direttiva 2008/52 del 21.5.2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.

Le parti di un accordo, o una di esse con il consenso delle altre, possono chiedere che il contenuto dell'accordo risultante da una mediazione sia reso esecutivo; il rifiuto di esecutività è consentito solo se il contenuto è in contrasto con il diritto (comprese le norme di diritto internazionale privato) dello Stato in cui è presentata la richiesta o se la legge di detto Stato non prevede l'esecutività (art. 6, par. 1 e considerando n. 19)[60].

Il contenuto dell'accordo può essere reso esecutivo sia in una sentenza, sia in una decisione, sia in un atto autentico da parte di un organo giurisdizionale o di altra autorità competente in conformità al diritto dello Stato richiesto (art. 6, par. 2). La direttiva (considerando n. 20 e n. 21) si riferisce espressamente, per il riconoscimento ed esecutività dell'accordo, al regolamento 44/2001 e al regolamento 2201/2003. Il riferimento conferma la possibilità di assimilare la transazione raggiunta nel processo a quella raggiunta fuori dal processo, ma resa esecutiva con le modalità prima ricordate[61].

La direttiva sulla mediazione impone tuttavia, come si è detto, la richiesta delle parti, non essendo sufficiente una richiesta unilaterale. Il risultato di una procedura di mediazione non è dunque posto sullo stesso piano di una procedura che si conclude con una pronuncia giurisdizionale, poiché questa procedura si svolge su iniziativa di una (sola) parte.

È rilevante sottolineare questo profilo, sull'accesso alla mediazione, perché la disciplina nazionale in proposito (d.lgs. 4.3.2010, n. 28 di attuazione dell'art. 60 della l. 18.6.2009, n. 69 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, conferente delega al Governo, appunto, in materia) si differenzia dalla diret-

l'art. 58 regolamento 44/2001 (e l'art. 59 regolamento Bruxelles I *bis*); l'art. 24 regolamento 805/2004; l'art. 48 regolamento 4/2009; l'art. 61 regolamento 650/2012. L'art. 46 regolamento 2201/2003 fa riferimento agli "accordi fra le parti aventi efficacia esecutiva nello Stato membro di origine".

[60] Per alcuni rilievi sulla direttiva cfr. D. VOLPINO, *La direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*, in M. TARUFFO, V. VARANO (a cura di), *Manuale* cit., p. 383 ss.; con particolare riferimento alla circolazione del verbale di conciliazione, E. D'ALESSANDRO, *Il conferimento dell'esecutività al verbale di conciliazione stragiudiziale e la sua circolazione all'interno dello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1157 ss.

[61] Per questi rilievi cfr. G. ROSSOLILLO, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale,* in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 363 s.

tiva, di cui rappresenta attuazione, anche se si applica non solo alle liti transfrontaliere, ma a quelle nazionali (come consentito dall'art. 1, par. 2 e considerando n. 8 della direttiva), dato che l'accesso è previsto anche a favore di una sola parte (art. 4 d.lgs.)[62].

Il verbale di accordo amichevole di conciliazione viene omologato, su istanza di parte (e previo accertamento della regolarità formale), dal presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo di conciliazione o, se si tratta di controversia transfrontaliera, dal presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione (art. 12). Il contenuto dell'accordo non deve essere, comunque, contrario all'ordine pubblico o a norme imperative: obbligo e limite che deve osservare anche il mediatore qualora formuli una proposta di conciliazione nell'ipotesi in cui l'accordo fra le parti non sia raggiunto (art. 14, 2° comma lett. *c* in relazione all'art. 11). Il verbale omologato costituisce titolo esecutivo (precisa l'art. 12, 2° comma "per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale")[63].

L'accordo a seguito di mediazione riceve dunque una sua specifica tutela, compresi i limiti (ordine pubblico e norme imperative), sia nel caso di mediazione nazionale, sia nel caso di mediazione transfrontaliera, fondata cioé sulla direttiva, l'accordo provenendo da altro Paese membro.

11. La circolazione di atti e documenti pubblici. Le norme da adottare; le proposte di semplificazione della Commissione, con particolare riguardo agli atti di stato civile. a) *Le iniziative in corso e gli atti in vigore;* b) *verso un certificato europeo di stato civile;* c) *armonizzazione e fiducia reciproca; l'effetto automatico o di pieno diritto*

Il tema del riconoscimento degli atti diversi dalle decisioni giudiziarie, e quindi degli atti pubblici, transazioni giudiziarie, accordi conclusi in sede di mediazione ha suscitato una attenzione piuttosto limitata, il riconoscimento di decisioni e sentenze avendo invece assunto un ben

[62] Per alcuni rilievi sulla direttiva e sul d.lgs. n. 28/2010, A. PERA, G. M. RICCIO, *Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, Padova, 2011. La Corte cost., 6.12.2012, n. 272, ha dichiarato la illegittimità costituzionale, per eccesso di delega legislativa, del d.lgs. n. 69/2009 nella parte in cui ha previsto il carattere obbligatorio della mediazione.

[63] In caso di diniego di omologa dovrebbe essere proponibile reclamo *ex* art. 825, 3° comma cod. proc. civ.; se l'omologa fosse contraria all'ordine pubblico o a norme imperative dovrebbe essere esperibile l'opposizione all'esecuzione *ex* art. 615 cod. proc. civ.

maggior rilievo. Un interesse particolare, e più recente, si riscontra per gli atti e i documenti pubblici, diversi da quelli prima ricordati, e per gli atti di stato civile: tutti inquadrabili, comunque, nella realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia che i Trattati si propongono di realizzare (art. 3, par. 2 TUE e art. 67, par. 1 TFUE)[64].

Il *Libro verde* della Commissione sull'abolizione o semplificazione degli adempimenti burocratici ricorda varie iniziative, quali gli studi del 2007 e del 2008, promossi dalla stessa Commissione, relativi sia ai problemi determinati dall'obbligo di legalizzare documenti, sia alle difficoltà riscontrate nel riconoscimento reciproco degli atti di stato civile, nonché la risoluzione del Parlamento europeo del 2008, sull'istituzione di un atto autentico europeo[65]. L'obiettivo è di favorire non solo la libera circolazione dei documenti, mediante la soppressione della legalizzazione degli stessi[66], ma anche il riconoscimento degli effetti dei documenti di stato civile, relativi al nome, alla filiazione, all'adozione in modo che lo *status* giuridico attribuito in un Paese sia riconosciuto in altro Paese membro con gli stessi effetti e conseguenze.

Il piano di azione del Programma di Stoccolma, che fissa gli obiettivi da realizzare nel periodo 2010-2014 nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, e che rappresenta la prosecuzione e messa in atto degli studi prima ricordati, prevede due diverse iniziative legislative in materia, che riguardano la generalità dei documenti pubblici[67], sottolineando lo stretto collegamento con la necessità di garantire il pieno eser-

[64] Sullo "spazio", con particolare riferimento alla cooperazione giudiziaria, e per rilievi anche sul principio del mutuo riconoscimento, cfr. più recentemente il nostro *Lo spazio* cit., *loc. cit.*

[65] Cfr. la risoluzione del P.E. del 18.12.2008, con allegata una raccomandazione alla Commissione per la predisposizione di un regolamento relativo alla circolazione degli atti autentici, come definiti nella sentenza *Unibank* cit., senza necessità di procedura di *exequatur*. Il riferimento, e quindi, l'applicabilità materiale, non è alla generalità degli atti pubblici (di cui poco oltre nel testo), ma agli atti autentici (quelli notarili in particolare). Per un richiamo al *Libro verde* e alle iniziative successive, cfr. la proposta di regolamento che promuove la libera circolazione di cittadini e imprese semplificando l'accettazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea e che modifica il regolamento UE n. 1024/2012, COM (2013) 228 del 24.4.2013, di cui si dirà anche poco oltre.

[66] Si veda, per esempio, sulla soppressione di legalizzazione o formalità analoghe, in materia successoria, l'art. 74 regolamento 650/2012; norma analoga è contenuta nell'art. 5 regolamento 2201/2003 e nell'art. 65 regolamento 4/2009.

[67] Cfr. il *Libro verde* cit.

cizio del diritto di libera circolazione (il titolo del Programma è, d'altra parte, "Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini")[68].

a) *Le iniziative in corso e gli atti in vigore*

Le azioni legislative sono motivate dalla necessità, come si è accennato, di rendere effettiva la libera circolazione delle persone che trovano ostacoli nella loro mobilità (oltre dodici milioni di cittadini dell'Unione vivono, lavorano, soggiornano in un Paese diverso dal proprio). Formalità amministrative quali la legalizzazione e l'apostilla di un documento possono avere effetti dissuasivi o deterrenti sulla libera circolazione, considerati anche i costi, specie se fra queste formalità rientra la traduzione del documento. La "deterrenza"[69] finirebbe per incidere anche sui diritti fondamentali, quale il diritto a formare una famiglia e a contrarre matrimonio, se in un Paese membro viene richiesto un certificato di capacità matrimoniale o un attestato di non impedimento (quale il nulla osta previsto dall'art. 116 cod. civ.) che in altri Paesi non esiste, e si deve ricorrere a strumenti diversi ovvero si devono trovare soluzioni che adempiano alle stesse funzioni e consentano il risultato voluto[70].

Se è vero che il quadro normativo è frammentario, che le convenzioni internazionali applicabili sono molte e ratificate in numero diverso da parte degli Stati membri (Convenzione dell'Aja del 1961 che elimina la legalizzazione sostituendola con l'apostilla, che si applica agli atti pubblici ma non a quelli compilati da autorità diplomatiche e consolari; Convenzione del Consiglio d'Europa del 1968 che sopprime la legalizzazione di questi ultimi atti; convenzioni promosse dalla Commissione internazionale dello stato civile),[71] è vero anche che esistono norme

[68] Il Programma di Stoccolma è in *GUUE* C 115 del 4.5.2010; il piano è contenuto nella comunicazione della Commissione "Creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia per i cittadini europei", COM (2010) 171 del 20.4.2010.

[69] Su questo possibile effetto deterrente, quanto alla libera circolazione, cfr. la giurisprudenza della Corte di giustizia, sentenze 31.3.1993, causa C-19/92, *Kraus*, *Raccolta*, p. I-1663, punto 32; 9.9.2003, causa C-285/01, *Burbaud*, *Raccolta*, p. I-8219, punto 95; 5.10.2004, causa C-442/02, *CaixaBank France*, p. I-8961, punto 11; 1.4.2008, causa C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française*, *Raccolta*, p. I-1683, punti 44-45; più recentemente le conclusioni dell'avvocato generale Mazák, del 26.6.2012, causa C-137/11, *Partena ASBL*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, punto 37.

[70] Sull'esistenza di ostacoli, come quelli previsti dall'art. 116 cod. civ., si veda il nostro *La capacità dello straniero: diritti fondamentali e condizione di reciprocità*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 308 ss.

[71] La Convenzione dell'Aja, in vigore per tutti i Paesi membri, riguarda i documenti amministrativi, gli atti notarili, le dichiarazioni ufficiali, i documenti provenienti da un'autorità giudiziaria (non si applica ai documenti amministrativi relativi a operazioni commerciali doganali). La Convenzione del Consiglio d'Europa è stata ratificata soltanto da quindici Paesi membri; alla Commissione internazionale (CIEC) partecipano solo dodici Paesi membri. Le convenzioni di maggior rilievo sono quelle del 1957 (n. 2) sul rila-

dell'Unione o stipulate nel suo contesto che favoriscono il riconoscimento degli atti, sopprimendo la legalizzazione. Mi riferisco alla Convenzione del 25.5.1987 relativa alla soppressione della legalizzazione di atti negli Stati membri delle Comunità europee (in vigore solo fra sei Stati, fra i quali l'Italia), che si propone di adottare norme uniformi e si colloca nel contesto dell'Unione, pur non essendo diritto derivato[72], ma soprattutto alle norme del regolamento 44/2001 (art. 56; l'art. 61 del regolamento Bruxelles I *bis* ha il medesimo contenuto) e del regolamento 2201/2003 (art. 52) che prevedono l'esenzione dalla legalizzazione o da formalità analoga per le decisioni da riconoscere, per le dichiarazioni di esecutività, per le traduzioni di tali atti (da produrre comunque in copia autentica), per la procura alle liti (in termini analoghi è l'art. 74 del regolamento 650/2012).

La soppressione della legalizzazione o di altra formalità è tuttavia operativa nell'ambito di applicazione di detti regolamenti, mentre le proposte legislative, seguendo i principi affermati dalla Corte di giustizia in cause ove veniva in discussione l'efficacia di documenti pubblici di lavoro e di documenti di stato civile emessi in Paesi membri diversi da quelli in cui erano prodotti e fatti valere, riguardano tutti i documenti pubblici. Sul tema la Commissione ha, in epoca recente, proposto l'adozione di un regolamento che prevede l'abolizione degli obblighi di apostilla e traduzione, lasciando liberi gli Stati di riconoscere (o non) il contenuto del documento[73].

b) *Verso un certificato europeo di stato civile*

Ci si chiede dunque, nella prospettiva di garantire una libera circolazione effettiva, e sempre sul presupposto del mutuo riconoscimento, se sia possibile garantire la libera circolazione degli atti pubblici, sopprimendo sia la legalizzazione, sia l'apostilla.

scio gratuito e la dispensa dalla legalizzazione degli atti di stato civile; del 1976 (n. 16) sul rilascio di estratti plurilingue di atti di stato civile; del 1977 (n. 17) sulla dispensa dalla legalizzazione per alcuni atti e documenti.

[72] Su queste convenzioni fra Stati membri cfr. L.S. ROSSI, *Le Convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, 2000, pp. 20, 35 ss.; sulla legalizzazione cfr., fra gli altri, E. CALÒ, A. CARUSO, *La legalizzazione nell'attività notarile, consolare e forense,* Milano, 2001; C.F. EMANUELE, *Legalizzazione di atti pubblici stranieri*, voce in R. BARATTA (a cura di), *Diritto internazionale* cit., p. 201 ss.; D. OCKL, *La legalizzazione* e *l'*apostille*,* in F. PREITE (dir.), *Trattato notarile. Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale*, vol. 2, *Diritto* cit., pp. 455, 485 ss.

[73] Cfr. le sentenze 2.12.1997, causa C-336/94, *Dafeki*, *Raccolta*, p. I-6761, punto 19; 2.10.2010, causa C-148/02, *Garcia Avello* (che cita la precedente), *Raccolta*, p. I-11613, punto 25. La proposta di regolamento, ricordata alla nota 65, è la prima ad avere quale base giuridica l'art. 21, par. 2 TFUE che consente a Parlamento europeo e Consiglio di adottare norme atte a facilitare la possibilità per i cittadini dell'Unione europea di muoversi e risiedere liberamente nei Paesi membri.

La cooperazione fra autorità amministrative nazionali è imprescindibile, e dunque dovrebbe realizzarsi un significativo scambio di informazioni in base a modelli standard plurilingue, che evitano la traduzione (per esempio, modelli relativi a matrimoni, a nascite, a decessi), ma soprattutto si impone l'uso e lo sviluppo di strumenti elettronici che colleghino in rete le autorità (gli ufficiali di stato civile, in particolare)[74].

La creazione di un certificato europeo di stato civile sarebbe un importante risultato, uniformando modello e diciture, come già è avvenuto per documenti pubblici quali la patente e il passaporto, o per certi profili, con l'istituzione del certificato successorio europeo, utile a dimostrare, negli Stati membri, la qualità di erede, legatario, esecutore testamentario, amministratore dell'eredità, legittimando l'esercizio di diritti e poteri relativi[75].

c) *Armonizzazione e fiducia reciproca; l'effetto automatico o di pieno diritto*

Il progetto della Commissione è, tuttavia, ancor più ambizioso, non limitandosi a voler sopprimere legalizzazione, apostilla, traduzione. Malgrado i limiti di competenza dell'Unione in materia di diritto di famiglia (come si è ricordato, è richiesta l'unanimità del Consiglio quando, *ex* art. 81, par. 3 TFUE, vengono adottate, in tale materia, misure aventi implicazioni transnazionali)[76], si vorrebbe adottare un atto avente ad oggetto il riconoscimento reciproco delle situazioni di stato civile ovvero degli effetti, insomma, di atti di stato civile. Si vorrebbe garantire che una situazione giuridica certificata da un atto di stato civile in un Paese membro (nascita, filiazione, adozione, matrimonio, riconoscimento di paternità, morte, attribuzione o cambiamento di nome a seguito di ma-

[74] Il *Libro verde* ricorda (note 18 e 19) le convenzioni n. 3, n. 8, n. 26 della CIEC, come esempio di collaborazione fra ufficiali di stato civile; il sistema IMI (sistema di informazione del mercato interno) nonché la *Plateforme CIEC* come esempi di strumenti elettronici.

[75] Sull'istituzione del certificato, il suo contenuto e *ratio*, cfr. l'art. 62 ss. e i considerando nn. 67-70 del regolamento 650/2012. Il certificato produce effetti, senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento, sia nello Stato in cui è rilasciato (è rilasciato su richiesta di chi vi abbia interesse), sia in tutti gli altri Stati membri; è accompagnato, come l'atto pubblico *ex* art. 67, da un modulo (sull'uso di moduli cfr. la nota 57); è esente da legalizzazione o formalità analoghe. Può essere oggetto di una procedura di ricorso (il considerando n. 71 esclude che il certificato sia "di per sé un titolo esecutivo", ma ha "forza probatoria"); il suo uso, tuttavia, non è obbligatorio, i singoli potendo avvalersi degli altri strumenti previsti dal regolamento, quali le decisioni, gli atti pubblici, le transazioni giudiziarie (ma il suo utilizzo dovrebbe impedire la richiesta di presentare anche uno di questi documenti).

[76] Su profili relativi ai limiti di competenza, oltre al *Libro verde* cit., si permette rinviare al nostro *Divorzio* cit., p. 34 ss. Cfr. anche quanto si è detto nel par. 4, *a)*.

trimonio, divorzio, unione registrata, cambiamento di sesso) sia riconosciuta automaticamente in un altro Stato membro.

Gli inconvenienti derivanti dalle divergenze delle legislazioni nazionali in materia di attribuzione del cognome (l'attribuzione rimanendo di competenza esclusiva degli Stati) sono resi evidenti da una consistente giurisprudenza della Corte di giustizia, che sottolinea le divergenze esistenti ma anche i limiti che gli Stati incontrano. Gli Stati non possono infatti pregiudicare la libera circolazione dei cittadini dei Paesi membri, che è diritto fondamentale degli stessi: diritto che appartiene allo statuto del cittadino dell'Unione[77].

In presenza di una frammentazione di norme, nazionali e internazionali (in particolare le convenzioni del CIEC) applicabili, e in mancanza di norme di conflitto uniformi in materia di stato civile, si dovrebbero adottare soluzioni che garantiscano un riconoscimento di pieno diritto degli *status*.

Se la cooperazione fra Stati non è sufficiente, occorre o un riconoscimento di pieno diritto, fondato su una fiducia reciproca che consenta l'automatismo nel riconoscimento degli effetti di una situazione che si è creata in un Paese membro, oppure un'armonizzazione delle norme di conflitto. Queste norme indicherebbero, dunque, il diritto applicabile a situazioni transfrontaliere che interessano un evento di stato civile, prevedendo uno o più criteri di collegamento e valorizzando (in un contesto che vuole privilegiata l'attinenza o collegamento del cittadino con il Paese ove risiede) il collegamento delle persone con lo Stato con cui hanno legami concreti, piuttosto che con quello di appartenenza: sempre che non si voglia privilegiare comunque (e far prevalere) la volontà del singolo e conferire esclusivo rilievo alla sua volontà, e quindi alla scelta della legge applicabile da parte del singolo.

In tema di riconoscimento automatico o di pieno diritto si ricorda che un significativo risultato è stato conseguito con il regolamento 2201/2003, a riprova dell'esistenza della fiducia reciproca che ne è il presupposto. Non è infatti necessario alcun procedimento per l'aggiornamento delle iscrizioni nello stato civile di un Paese membro a seguito di una decisione di divorzio, separazione, annullamento del matrimonio pronunciata in altro Paese membro, che è automaticamente riconosciuta

[77] Si veda, su questo *status* e statuto del cittadino, in epoca più recente, C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2011, pp. 3, 79 ss.; i vari contributi in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011; B. NASCIMBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione delle persone*, Padova, 2012, p. 1 ss.

(con gli effetti che ne derivano quanto agli *status* personali) negli altri Paesi, diversi da quello in cui è stata pronunciata (art. 21, par. 2)[78].

Tale risultato (ed esempio) di effetto di pieno diritto è certamente positivo e dovrebbe essere quello che più di ogni altro assicura la certezza giuridica, pur non potendosi escludere che lo Stato eserciti un potere di controllo idoneo ad impedire abusi ovvero applichi i (tradizionali) limiti di ordine pubblico. Ma si tratterebbe di un'ipotesi eccezionale, riconducibile a un potere generale di controllo da parte dello Stato in cui l'atto è destinato a produrre effetti.

12. Conclusione

Realizzare lo spazio significa migliorare l'accesso alla giustizia, anche attraverso il riconoscimento di sentenze e di atti. L'accesso alla giustizia deve essere effettivo, nel pieno rispetto dell'art. 47 Carta e dell'art. 6 Trattato UE.

In una delle numerose comunicazioni della Commissione in tema di riconoscimento reciproco[79] vi è un'affermazione, certamente ambiziosa ma che fa riflettere sull'utilità di un confronto, pratico e scientifico sui temi oggetto di esame.

Una cultura giudiziaria comune e una giustizia "di qualità" non possono esistere, quale parte integrante dello spazio, e quindi del reciproco riconoscimento e della fiducia, se accademici e pratici del diritto non condividono un comune sentimento: che si esprima in decisioni o in atti non rileva, purché sia veramente comune.

[78] Cfr. in argomento i rilievi di E. BERGAMINI, *Competenza* cit., p. 4699 ss., nonché il nostro *Divorzio* cit., p. 106 s.

[79] Cfr. la comunicazione COM(2005)195 del 19.5.2005, sul reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia penale e il rafforzamento della reciproca fiducia tra Stati membri.

VERSO IL SEQUESTRO EUROPEO SU CONTI BANCARI NEL BILANCIAMENTO TRA TUTELA DEL CREDITORE E DIRITTI FONDAMENTALI DEL DEBITORE

Antonio LEANDRO·

SOMMARIO: 1. Osservazioni generali sull'ordinanza europea di sequestro su conti bancari. – 2. Cenni sulle procedure di emissione e di esecuzione dell'ordinanza. – 3. Possibili cause di tensione tra dette procedure e i diritti del debitore. – 4. *Segue*: esclusione di un problema a proposito della tutela dei dati personali. – 5. *Segue*: esclusione di un problema in merito ai diritti della difesa.

1. Osservazioni generali sull'ordinanza europea di sequestro su conti bancari

La proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce «un'ordinanza europea di sequestro conservativo su conti bancari per facilitare il recupero transfrontaliero dei crediti in materia civile e commerciale» del 25 luglio 2011 (COM(2011) 445 def.; d'ora in avanti, «Proposta»[1]), presentata ai sensi dell'art. 81, par. 2, lett. *a*), *e*) e *f*), del TFUE, rappresenta l'ennesima tappa del percorso intrapreso dalle istituzioni dell'Unione per semplificare ed accelerare la tutela dei crediti pecuniari in materia civile e commerciale: un obiettivo, questo, strumentale al buon funzionamento del mercato interno dal punto di vista dell'accesso alla giustizia, dell'abbattimento degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili e del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie, nonché della loro esecuzione[2].

· Ricercatore di Diritto internazionale, Università degli Studi di Bari Aldo Moro. Membro del Gruppo di esperti nominato dalla Direzione generale Giustizia della Commissione europea sul *miglioramento dell'efficienza nell'esecuzione delle decisioni nell'Unione europea: il sequestro conservativo di depositi bancari*. Le opinioni espresse sono personali.

[1] Consultabile sul sito www.eur-lex.europa.eu.

[2] L'idea che il miglioramento della fase esecutiva delle decisioni giudiziarie sia funzionale alla concreta realizzazione, sul piano processuale integrato, dei diritti discendenti dalle libertà «comunitarie» di matrice economica (e non) emergeva già nel Libro verde del 24 ottobre 2006 sul miglioramento dell'efficienza nell'esecuzione delle decisioni nell'Unione europea: il sequestro conservativo dei depositi bancari (COM(2006)

Si tratta, peraltro, di un obiettivo funzionale alla protezione del diritto del creditore di soddisfarsi mediante un'azione giudiziaria che risulti «effettiva» alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un diritto certamente non adombrato dal carattere transfrontaliero del recupero del credito e dall'esecuzione dei provvedimenti emessi in sua tutela[3].

Analogamente ad altri regolamenti dell'Unione che hanno abolito

618 def. – sul quale v. Max Planck Working Group, *Comments on the European Commission's Green Paper on Improving the Efficiency of the Enforcement of Judgments in the European Union: The Attachment of Bank Accounts*, consultabile nel sito www.mpipriv.de – e nel Libro verde del 6 marzo 2008 sull'esecuzione effettiva delle decisioni giudiziarie nell'Unione europea: la trasparenza del patrimonio del debitore (COM(2008)128 def.). Vedi pure la risoluzione del Parlamento europeo del 10 maggio 2011 recante «raccomandazioni alla Commissione sulle misure transitorie proposte relative al congelamento e alla trasparenza degli attivi patrimoniali dei debitori nei casi transfrontalieri» (TA(2011)0193), in specie il considerando B, consultabile sul sito www.europarl.europa.eu.

[3] Sulla determinazione del diritto di accesso alla giustizia alla stregua dei principî accolti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella giurisprudenza della Corte europea v. SALERNO, *Il diritto processuale civile internazionale comunitario e le garanzie processuali fondamentali*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, a cura di Picone, Padova, 2004, p. 95 ss. La Corte ha affermato, in generale e a più riprese, che il godimento del diritto di accesso alla giustizia e del diritto al tribunale va assicurato dall'inizio alla fine del processo, compresa la fase esecutiva della sentenza. Si tratta di una fase compresa nel «processo» al quale si riferiscono i diritti dell'art. 6 della Convenzione – e, come tale, anch'essa deve avere luogo in tempi ragionevoli – nonché della fase in cui il diritto sostanziale, fatto valere con l'azione giudiziaria, riceve concreta soddisfazione. Vedi sentenze 26 settembre 1996, *Di Pede* c. *Italia*, ricorso n. 15797/89, in *Reports of Judgments and Decisions*, 1996-IV, p. 1376 ss., paragrafi 20-24; 19 marzo 1997, *Hornsby* c. *Grecia*, ricorso n. 18357/91, ivi, 1997-II, p. 495 ss., par. 40; nonché, consultabili nel sito internet della Corte www.echr.coe.int, 11 gennaio 2001, *Lunari* c. *Italia*, ricorso n. 21463/93, par. 43 s.; 6 marzo 2003, *Jasiūnienė* c. *Lituania*, ricorso n. 41510/98, par. 27; 6 settembre 2007, *Ungureanu* c. *Moldavia*, ricorso n. 27568/02, par. 26; 16 ottobre 2007, *De Trana* c. *Italia*, ricorso n. 64215/01, par. 36 s.; 25 ottobre 2007, *Efendiyeva* c. *Azerbaijan*, ricorso n. 31556/03, par. 38 s.; 3 aprile 2008, *Regent Company* c. *Ucraina*, ricorso n. 773/03, par. 59 s. Ne viene che i comportamenti dello Stato difformi da una corretta, pronta e completa esecuzione dell'obbligo imposto dalla sentenza svuoterebbero di significato la funzione del processo e i diritti ad esso connessi in base alla Convenzione. Inoltre, qualora il processo sia avviato, come nei menzionati casi, per l'accertamento di diritti di natura patrimoniale, la Corte ha rilevato lo stretto legame tra l'esecuzione della sentenza e il godimento di tali diversi diritti. Ciò emerge soprattutto in caso di condanna al pagamento di una somma di denaro sulla quale, secondo la giurisprudenza europea elaborata a proposito dell'art. 1 del Protocollo n. 1, sorge, date la determinatezza e l'esigibilità del credito, un diritto *in rem* che gli Stati sono tenuti a rispettare. Nonostante il riferimento di tale giurisprudenza agli obblighi dello Stato, è indubbio che essa valga anche a determinare, in generale, i principali caratteri che la fase esecutiva di un provvedimento giudiziario deve presentare in ossequio alla Convenzione.

l'*exequatur*[4], compreso il recente regolamento n. 1215/2012 (c.d. «Bruxelles I *bis*»)[5], questo nuovo strumento intende superare gli ostacoli che il carattere transfrontaliero frappone alla esecuzione di provvedimenti giudiziari domandati a tutela del credito.

In particolare, si tratta di un provvedimento cautelare (denominato d'ora in avanti, «ordinanza europea di sequestro»), di natura squisitamente conservativa, consistente nel sequestro, fino all'ammontare del credito, dei conti bancari di cui sia titolare il debitore o un terzo per conto di quest'ultimo[6].

La semplificazione e l'accelerazione della tutela del credito sono agganciate alle caratteristiche del nuovo strumento di offrire al creditore mezzi idonei per conoscere la localizzazione del conto del debitore, di uniformare quanto più possibile la procedura di emissione e di esecuzione dell'ordinanza europea di sequestro, di ridurre i costi derivanti dal carattere transfrontaliero dell'azione giudiziaria e di consentire, come det-

[4] Si pensi all'art. 5 del regolamento (CE) n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati (*G.U.U.E.* n. L 143 del 30 aprile 2004, p. 15 ss.), all'art. 19 del regolamento (CE) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 che istituisce un procedimento europeo di ingiunzione di pagamento (*G.U.U.E.* n. L 399 del 30 dicembre 2006, p. 1 ss.) e all'art. 20 del regolamento n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità (*G.U.U.E.* n. L 199 del 31 luglio 2007, p. 1 ss.). Vedi altresì l'art. 41 del regolamento n. 2201/2003 del 27 novembre 2003 sulla competenza il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (*G.U.U.E.* n. L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1 ss.) e l'art. 17 del regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari (*G.U.U.E* n. L 7 del 10 gennaio 2009, p. 1 ss.).

[5] Regolamento n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *G.U.U.E.* n. L 351 del 20 dicembre 2012, p. 1 ss. L'art. 39 afferma che «la decisione emessa in uno Stato membro che è esecutiva in tale Stato membro è altresì esecutiva negli altri Stati membri senza che sia richiesta una dichiarazione di esecutività». Lo stesso vale per gli atti pubblici e le transazioni giudiziarie ai sensi degli articoli, rispettivamente, 58 e 59. La novità consiste, dunque, nell'eliminazione della fase di emanazione della dichiarazione di esecutività, la quale, prevista dall'art. 41 ss. del regolamento n. 44/2001, in sé già rappresentava – come è noto – un rinnovamento nel senso della semplificazione rispetto alla Convenzione giudiziaria di Bruxelles del 1968.

[6] Ai sensi dell'art. 4, n. 1, oggetto del conto bancario può essere sia il contante che gli strumenti finanziari ivi iscritti.

to, all'ordinanza di circolare senza *exequatur* in Stati membri diversi da quello d'origine[7].

L'efficienza della tutela del credito dipende principalmente dall'effetto-sorpresa: l'ordinanza europea di sequestro è emessa ed eseguita senza previa comunicazione al debitore. Si tratta di un procedura la quale cerca di fronteggiare la tattica del debitore di spostare i propri capitali dal conto di uno Stato membro al conto di un altro Stato membro, ovvero al di fuori dell'Unione europea, una volta venuto a conoscenza dell'avvio di un'azione di recupero del credito nei suoi confronti: una tattica che renderebbe più difficile (se non addirittura priva di sbocchi reali) la successiva esecuzione della decisione di merito che accerti il diritto di credito[8].

2. Cenni sulle procedure di emissione e di esecuzione dell'ordinanza

L'ordinanza europea di sequestro costituisce un'alternativa rispetto a misure equivalenti previste dal diritto nazionale (art. 1, par. 2), le quali variano sensibilmente da Stato a Stato soprattutto sotto il profilo dei presupposti, dei costi, dei tempi e della procedura da seguire per la concessione e l'esecuzione[9].

Essa opera al cospetto di situazioni a carattere transfrontaliero: sulla scia della Convenzione dell'Aja sugli accordi di scelta del foro del 30 giugno 2005 (art. 1, par. 2 della Convenzione)[10], tale carattere è espresso in negativo poiché si indicano i casi in cui esso viene meno, ossia allor-

[7] Nel senso che gli alti costi del recupero dei crediti hanno un impatto negativo sulla circolazione e la erogazione dei crediti transfrontalieri v. risoluzione del Parlamento europeo del 10 maggio 2011, cit., considerando E.

[8] Tattica contro la quale dovrebbe principalmente mirare la misura: cfr. Programma di Stoccolma - *Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, punto 3.4.2.; risoluzione del Parlamento europeo del 10 maggio 2011, cit., considerando F.

[9] V. HESS, *Study on Making More Efficient the Enforcement of Judicial Decisions within the European Union: Transparency of a Debtor's Assets Attachment of Bank Accounts Provisional Enforcement and Protective Measures*, studio no. JAI/A3/2002/03, Bruxelles, 2004, p. 60 ss., consultabile sul sito della Direzione generale Giustizia della Commissione europea, www.ec.europa.eu/justice/civil/ (studio cui ha fatto seguito il menzionato Libro verde del 2006). Vedi altresì il rapporto finale preparato dal Centre for Strategy & Evaluation Services per la stessa Direzione generale, *Study for an Impact Assessment on a Draft Legislative Proposal on the Attachment of Bank Accounts*, 5 gennaio 2011, *ibidem*, par. 4.7 ss., e l'*Impact Assessment* che accompagna la Proposta (SEC(2011) 937 final), par. 3.3.1 ss, consultabile sul sito www.eur-lex.europa.eu.

[10] La Convenzione è stata firmata dall'Unione europea per effetto della decisione n. 2009/397/CE del 26 febbraio 2009, in *G.U.U.E.* n. L 133 del 29 maggio 2009, 1 ss. Essa non è in vigore.

ché i conti del debitore, le parti e il giudice si «trovano» in uno stesso Stato membro (art. 3)[11].

Il futuro regolamento avrà un àmbito di applicazione *ratione materiae* parzialmente coincidente con il regolamento Bruxelles I (art. 2), anche tenendo conto dei ritocchi intervenuti per effetto del regolamento Bruxelles I *bis*: i limiti negativi sono comuni[12], mentre il primo accoglierà anche le obbligazioni alimentari derivanti dai rapporti di famiglia[13], i

[11] In un documento della Presidenza del Consiglio dell'Unione del 22 novembre 2012, contenente le linee guida per i prossimi lavori preparatori, si conferma la limitazione dell'applicabilità del futuro strumento alle situazioni transfrontaliere (cfr. doc. 16350/12, par. 11 ss., reperibile nel registro del Consiglio). Dato che lo stesso documento auspica l'inserimento di una disposizione che chiarisca quali elementi configurino il carattere transfrontaliero della situazione, esso, a ben vedere, mostra insoddisfazione nei riguardi della definizione in negativo contenuta nella Proposta. Nel senso di introdurre una definizione positiva di carattere transfrontaliero per garantire al meglio la certezza del diritto v. il *Working Document* della Commissione affari giuridici del Parlamento europeo (*rapporteur* Baldassare) (DT\919783EN.doc del 19 novembre 2012, par. 2.1.), consultabile sul sito www.europarl.europa.eu/committees/it/juri/home.html. Non pare però sufficiente ancorarsi alla circostanza che l'autorità emittente l'ordinanza e il conto che ne è oggetto sono rispettivamente localizzati in differenti Stati membri. Anzi, come notato (sia pure con esiti diversi) da SANDRINI in un post del 28 novembre 2012 pubblicato su *www.aldricus.com*, ancorarsi a tale circostanza ingenera un rischio di abuso dello strumento. Si pensi all'ipotesi della compresenza nello stesso Stato membro di giudice, parti e conti bancari tranne quello, localizzato in altro Stato membro, rispetto al quale eseguire la misura. In un'ipotesi del genere (transfrontaliera ai sensi dell'attuale definizione) si corre il rischio che il creditore sfrutti l'estraneità di quell'unico conto per utilizzare lo strumento uniforme (ed evitare, così, il ricorso a procedure nazionali eventualmente meno snelle) anche là dove egli non sia intenzionato a procedere con l'esecuzione all'estero.

[12] Sulla condivisibile critica circa l'esclusione dell'arbitrato dai procedimenti in supporto dei quali può essere domandata l'ordinanza europea di sequestro v. le note informative di GUINCHARD, in *Revue trimestrielle droit européen*, 2011, p. 871 ss., a p. 872. In senso invece adesivo alla Proposta v. FRADIN, NOURISSAT, *Recouvrement des créances en Europe. Une future ordonnance européenne de saisie conservatoire*, in *Juris Classeur Per.*, 24 ottobre 2011 n. 43, p. 1143. Poiché nel contesto del regolamento Bruxelles I (e del regolamento Bruxelles I *bis*), nonostante l'*arbitration exclusion*, un provvedimento cautelare, richiesto al foro statale individuato in base al regolamento – anche in virtù dell'art. 31 (art. 35 del regolamento Bruxelles I *bis*) –, può sorreggere il credito controverso in sede arbitrale, non si vedono ostacoli a riconoscere analoghe funzioni all'ordinanza europea di sequestro. Sul «coordinamento» tra foro statale e foro arbitrale nei termini esposti v. Corte di giustizia,17 novembre 1998, C-391/95, *Van Uden*, in *Raccolta*, 1998, p. 7091 ss.

[13] Vedine il regime di diritto internazionale privato introdotto dal regolamento (CE) n. 4/2009. É appena il caso di notare che le obbligazioni alimentari a causa di morte rientrano nell'àmbito di applicazione del regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio euro-

regimi patrimoniali tra coniugi e gli effetti patrimoniali delle unioni registrate, nonché le successioni *mortis causa* (art. 2, par. 4) non appena saranno applicabili le pertinenti misure dell'Unione dedicate a tali ultime due materie[14].

Il creditore può domandare l'emissione dell'ordinanza europea di sequestro: 1) prima o durante il processo di merito ovvero dopo aver ottenuto nello Stato membro d'origine un provvedimento colà esecutivo, ma non ancora dichiarato esecutivo nello Stato membro dell'esecuzione (art. 5, par. 1)[15]; oppure 2) dopo aver ottenuto un provvedimento dotato di esecutività anche nello Stato membro dell'esecuzione (art. 5, par. 2)[16].

Le due ipotesi – le quali, ove mantenute nel testo finale, meriteranno il giusto coordinamento con l'abolizione della dichiarazione di esecutività intervenuta con il regolamento Bruxelles I *bis* (nei limiti, s'intende, del relativo àmbito di applicazione) – fanno capo ad apposite sezioni della Proposta (rispettivamente, articoli 6-13 e 14-15).

L'istanza si presenta, nella prima ipotesi, dinanzi alle autorità competenti per il merito, oppure dinanzi alle autorità dello Stato in cui si trova il conto da sequestrare[17], mentre, nella seconda, dinanzi all'autorità che ha emesso il provvedimento esecutivo ovvero a quella competente sull'esecuzione (si tratta in questo caso di autorità appartenenti allo Stato in cui si trova il conto bancario).

Là dove concorrano la giurisdizione del foro competente per il merito e quella del diverso foro adito per l'emissione dell'ordinanza europea di sequestro, la Proposta prevede la facoltà dei due fori di comunicare e

peo (*G.U.U.E.* n. L 201 del 27 luglio 2012, 107 ss.) argomentando in base all'art. 1, par. 2, lett. *e*) del regolamento medesimo.

[14] In materia di successioni si è giunti, come notato, al regolamento (UE) n. 650/2012.

[15] Il provvedimento presenta, in questo caso, natura squisitamente cautelare dato il sostegno al diritto di credito avanzato in sede di merito.

[16] In questa seconda ipotesi, il provvedimento è più accostabile alla tutela esecutiva e presenta peculiarità affini agli *ordini di arresto del credito* conosciuti nell'ordinamento tedesco notificati dal creditore al terzo *debitor debitoris* per pignorare il credito: cfr. MAJORANO, *Il sequestro conservativo europeo dei conti bancari. Prime osservazioni sulla proposta di regolamento COM(2011) 445 def.*, in *Il Giusto Processo Civile*, 2012, p. 257 ss., p. 268 s.

[17] Si può pensare, alla luce del ruolo di criterio di giurisdizione rivestito dalla situazione del conto bancario, che la Proposta abbia introdotto un autonomo titolo di giurisdizione per individuare quello che, nel contesto del regolamento Bruxelles I (*bis*), risulterebbe il «foro esorbitante» competente per l'emissione di provvedimenti cautelari. In senso analogo, SANDRINI, *La tutela cautelare in funzione di giudizi esteri*, Padova, 2012, pp. 421 e 474 ss. In virtù di tale titolo di giurisdizione, questo foro, nella prospettiva della Proposta, avrebbe competenza alternativa a quello del merito e, pertanto, non lo si potrebbe definire «foro esorbitante».

cooperare tra loro per «assicurare un adeguato coordinamento tra il procedimento di merito e il procedimento relativo» all'emissione dell'ordinanza[18].

La domanda rientrante nell'ipotesi di cui al menzionato punto n. 1), data la sua natura squisitamente cautelare, deve dimostrare il *periculum in mora* (in specie il rischio che il debitore dissipi o rimuova i capitali dal conto) e il *fumus boni iuris* (art. 7): tale seconda condizione è soddisfatta di diritto se il creditore ha già ottenuto una decisione giudiziaria, una transazione giudiziaria o un atto pubblico attestanti il credito, purché tali atti siano esecutivi nello Stato membro d'origine e siano riconoscibili in altri Stati membri conformemente ad altri strumenti della cooperazione giudiziaria in materia civile.

Allorché la domanda sia presentata prima dell'inizio della causa di merito, il creditore è tenuto a iniziare il procedimento entro trenta giorni dalla data di emissione dell'ordinanza (art. 13).

Il giudice può imporre al creditore il versamento di un deposito cauzionale a garanzia dei danni rivenienti al debitore se il credito risultasse infondato (art. 12). Il giudice può decidere in tal senso soltanto se la sua *lex fori* obbliga il creditore al risarcimento del danno in casi del genere.

Nell'ipotesi di cui al menzionato punto n. 2), ossia qualora il creditore sia già munito di un decisione giudiziaria o di una transazione giudiziaria o di un atto pubblico che attestano il credito e sono esecutivi o dichiarati esecutivi nello Stato membro in cui si trova il conto bancario (anche se resi da autorità di altri Stati membri), egli può richiedere l'emissione di un'ordinanza europea di sequestro sia all'autorità che ha reso i predetti atti sia all'autorità del luogo del conto.

In ogni caso, come si è anticipato, al fine di garantire l'effetto-sorpresa del provvedimento, la procedura ha luogo *inaudita altera parte*, a meno che non sia il creditore/ricorrente a domandare l'instaurazione del contraddittorio prima dell'emissione dell'ordinanza (art. 10).

A garanzia della speditezza della procedura non è prevista alcuna fase orale (salvo che l'autorità giudiziaria lo ritenga necessario: art. 11) e sono imposti termini assai ristretti per l'emanazione del provvedimento che i giudici possono prorogare soltanto motivatamente (combinato di-

[18] Si tratta di una previsione discutibile sul piano dell'efficienza dello strumento che andrebbe sostituita con l'enunciazione di un obbligo a carico dei fori coinvolti: cfr. Comitato economico e sociale europeo, parere in merito alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un'ordinanza europea di sequestro conservativo su conti bancari per facilitare il recupero transfrontaliero dei crediti in materia civile e commerciale (INT/598 del 26 aprile 2012), consultabile sul sito www.eesc.europa.eu, punto 4.7.

sposto degli articoli 21 e 44)[19]: la presenza di una fase orale e la proroga dei termini hanno, pertanto, natura eccezionale.

La conoscenza del luogo in cui si trova il conto bancario del debitore si ottiene, oltre che tramite le informazioni in possesso del creditore ed indicate nel modulo di domanda predisposto dall'Allegato I alla Proposta (art. 16), anche attraverso una richiesta di informazioni che lo stesso creditore può presentare all'autorità dell'esecuzione (ossia all'autorità dello Stato in cui presumibilmente si trova il conto) (art. 17). La richiesta è presentata a corredo della domanda di emissione dell'ordinanza; sicché, se questa è promossa dinanzi a un foro diverso da quello dell'esecuzione, il primo provvederà a trasmettere la richiesta di informazioni al secondo.

I modi per dare seguito alla richiesta sono lasciati alla discrezionalità degli Stati membri e possono riassumersi a'termini dell'art. 17, par. 5: 1) nell'obbligo posto a carico delle banche presenti sul territorio di ciascuno Stato membro di rendere noto se il debitore è titolare di un conto presso una loro filiale; 2) nell'accesso, da parte dell'autorità dell'esecuzione, alle informazioni che eventualmente siano custodite in pubblici registri.

Come si è detto, l'ordinanza europea di sequestro è riconosciuta ed esecutiva in uno Stato membro diverso da quello d'origine senza alcun passaggio intermedio (art. 23). È bene sottolineare che l'effetto transfrontaliero (e l'abolizione dell'*exequatur*) riguarda le sole ordinanze emesse dai giudici competenti per il merito ai sensi dell'art. 6, par. 2 e da quelli che hanno reso la decisione o approvato la transazione giudiziaria ai sensi del combinato disposto degli articoli 5, par. 2 e 14 (art. 23). L'ordinanza resa dal foro dichiaratosi competente in base alla sola situazione del conto nello Stato di appartenenza ha, dunque, carattere territoriale.

Una volta emessa, l'ordinanza è notificata alla banca presso la quale il debitore possiede il conto. Il riferito effetto-sorpresa si ha anche perché la notifica al debitore avviene dopo che l'ordinanza è stata notificata alla banca e da questa eseguita (art. 25).

La banca è tenuta, da un lato, a bloccare il conto nei limiti della somma indicata dall'ordinanza e, dall'altro, ad emettere, entro tre giorni

[19] Il termine è di sette giorni o di tre giorni per le ipotesi, rispettivamente, di cui all'art. 5, par. 1 (domanda di emissione presentata prima o durante il procedimento di merito oppure in base a una decisione – o atto equivalente – munita di forza esecutiva nello Stato d'origine ma non ancora dichiarata esecutiva nello Stato del conto) e par. 2 (domanda presentata in base a una decisione esecutiva anche nello Stato membro di esecuzione).

dal blocco, una dichiarazione attestante se e in quale misura il sequestro ha avuto luogo[20].

Nel caso di sequestro di più conti appartenenti al medesimo debitore, avvenuto in base a distinti provvedimenti (compresi quelli di diritto nazionale), il creditore ha l'obbligo di sbloccare (mediante richiesta di dissequestro presentata all'autorità dell'esecuzione) l'importo che supera la somma indicata nell'ordinanza (art. 28, par. 2).

Il provvedimento così eseguito impedisce ai sensi dell'art. 21, par. 6 ogni operazione sul conto bancario diretta al trasferimento, al ritiro o ad altri atti dispositivi da parte del debitore o di suoi creditori nei limiti delle somme sequestrate. Simili effetti durano fino all'eventuale revoca del provvedimento ovvero, in caso di sequestro ordinato in base a una decisione esecutiva nello Stato d'origine e nello Stato di esecuzione, fino a che non sopraggiunga un provvedimento di esecuzione disciplinato dal diritto nazionale (art. 21, par. 7)[21]. A tal proposito, qualora l'ordinanza sia resa in base ad «atti» (decisioni, transazioni, atti pubblici) esecutivi anche nel solo Stato d'origine, il creditore è comunque tenuto ad avviare l'esecuzione entro trenta giorni dalla data di notifica dell'«atto» o da quella in cui l'«atto» sia divenuto esecutivo a seconda di quale tra le due date sia posteriore (art. 21, par. 7, lett. *b*).

Ove più creditori agiscano nei confronti del medesimo debitore oppure il creditore procedente, che abbia ottenuto un'ordinanza europea di sequestro, concorra con altri creditori procedenti ad altro titolo, il rango dei creditori (nell'esecuzione individuale e in quella collettiva) è lo stesso attribuito dalla legge dello Stato membro in cui si trova il conto al creditore munito di una misura nazionale equivalente all'ordinanza europea di sequestro (gli Stati dovranno comunicare alla Commissione quali sono tali misure equivalenti e il rango corrispondente ad esse) (art. 33).

La questione del sequestro di conti cointestati o fiduciari è lasciata al diritto nazionale, in particolare alla legge che regola il rapporto di conto corrente (o conto titoli, a seconda che si tratti di contanti o di strumenti finanziari): l'indicazione del diritto applicabile sarà fornita dagli Stati membri alla Commissione europea (art. 29).

Lo stesso dicasi a proposito della determinazione degli importi necessari al sostentamento del debitore o della sua famiglia (oppure al normale svolgimento dell'attività, se si tratta di debitore/persona giuridica) che, come tali, non sono sequestrabili (art. 32): sarà, in particolare, la

[20] La dichiarazione va compilata attraverso il modulo predisposto dall'Allegato III alla Proposta.

[21] L'ipotesi è riconducibile alla «conversione» del provvedimento cautelare in un provvedimento esecutivo.

legge dello Stato membro di esecuzione a dettare gli importi esenti dal sequestro. In tal caso gli Stati sono tenuti a informare la Commissione circa le norme materiali applicabili a siffatte situazioni[22].

3. Possibili cause di tensione tra dette procedure e i diritti del debitore

Il fatto che, in conformità alla Proposta, il creditore può: 1) venire a conoscenza della localizzazione dei conti bancari ad insaputa (*rectius*, senza il consenso) del debitore e 2) può ottenere un sequestro transfrontaliero *ex parte* di detti conti, implica per il debitore una compressione, rispettivamente, del diritto alla protezione dei dati personali e dei diritti della difesa.

È da chiedersi se siffatta compressione sia adeguatamente compensata nella Proposta oppure se essa costituisce una criticità di questa tenuto conto che i diritti menzionati rientrano senz'altro anch'essi tra i diritti fondamentali dell'individuo[23].

[22] Si è d'accordo sul fatto che il rinvio al diritto nazionale (compreso quello dettato dalla norma di chiusura di cui all'art. 45) svilisce il carattere uniforme della procedura: GUINCHARD, *op. cit*., p. 874. Nello stesso senso PAYAN, *La future saisie conservatoire européenne des avoirs bancaires: quel modèle?*, in *L'effectivité du recouvrement des créances en Europe* (suppl. di *Droit et procédure*, novembre 2010), p. 85, il quale porta l'esempio del difetto di una disciplina sulla responsabilità della banca per l'inosservanza degli obblighi sanciti a proposito dell'attuazione del sequestro (l'art. 26, par. 5, che detta tali obblighi, dispone il richiamo della legislazione nazionale senza specificare di quale Stato, così lasciando intendere che debba trattarsi dello Stato di sede della banca). Con toni critici, sotto il profilo dell'uniformità della tutela del debitore, si pone anche ZWICKEL, *Vers un règlement sur la saisie bancaire européenne*, in GUINCHARD, DOUCHY-OUDOT (a cura di), *La justice civile européenne en marche*, Paris, 2012, p. 231 ss., a p. 241 ss., il quale porta l'esempio della variabilità nella disciplina sull'esenzione dal pignoramento a seconda dello Stato di esecuzione del sequestro. Vedi peraltro *infra*, nota 35. Ritiene che il rinvio al diritto nazionale (specie quello dello Stato membro di esecuzione) fa sì che il futuro strumento, pur «presentandosi come unico per tutto il territorio dell'Unione, sarà destinato a esplicare effetti diversi da Stato a Stato», SANDRINI, *La tutela cautelare*, cit., p. 472 s. Anche dal punto di vista dei costi che la banca deve affrontare possono sollevarsi delle perplessità a causa del rinvio al diritto nazionale: l'art. 30, par. 1 autorizza la banca a chiedere il pagamento o il rimborso dei costi di attuazione dell'ordinanza «soltanto se ha diritto a tale pagamento o rimborso per provvedimenti con effetto equivalente emessi in forza del diritto nazionale». Di fronte a un provvedimento uniforme, il quale implica di certo dei costi per le banche, sarebbe più coerente imporre una soglia di rimborso minima comune ed evitare differenti trattamenti da banca a banca (quanto al recupero delle spese sostenute) per effetto delle divergenze tra gli ordinamenti dei vari Stati membri in cui il sequestro è suscettibile di esecuzione (cfr. *Working Document*, cit., par. 2.2.).

[23] Che il bilanciamento tra i diritti del creditore e i diritti del debitore menzionati nel testo sia un principio ispiratore della misura, lo si precisa anche nel Programma di Stoc-

4. Segue: *esclusione di un problema a proposito della tutela dei dati personali*

I dati del debitore sono trattati a nostro avviso nel rispetto degli standard della tutela dei dati personali applicabili ai casi in cui il titolare non ne consente la divulgazione e l'uso.

In tal senso già depone l'obbligo, sancito dalla Proposta, di procedere nel rispetto della direttiva 95/46/CE del 24 ottobre 1995 relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e alla libera circolazione di tali dati, nonché nel rispetto dell'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Mette conto ricordare che il rispetto del diritto alla protezione dei dati personali è enunciato anche nel TFUE (art. 16).

Si tratta di riferimenti normativi che svolgeranno un ruolo-guida in fase di applicazione della procedura in discorso.

I dati che il creditore/ricorrente fornisce (o richiede all'autorità dell'esecuzione) consistono nel nome del debitore e della banca e in uno tra: a) numero del conto o dei conti bancari, b) indirizzo completo del debitore, c) data di nascita e numero del documento d'identità del debitore, se persona fisica, d) numero di iscrizione nel registro delle imprese, se persona giuridica (art. 16)[24]. In via facoltativa si prevede anche l'indicazione del numero di telefono e dell'indirizzo di posta elettronica[25].

Ora, la divulgazione di tali informazioni è di regola «proporzionata alla finalità di identificare il conto o i conti bancari del convenuto» (art. 17, par. 6).

La Commissione, dunque, ha inteso declinare la ricerca e l'utilizzo dei dati a quanto sia effettivamente necessario per individuare il conto e per impedire lo spostamento dei capitali da esso ad un altro conto nelle

colma - *Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, loc. cit., nonché nella risoluzione del Parlamento europeo del 10 maggio 2011, cit., considerando K e raccomandazioni 8 e 12. È da notare che tra le ragioni addotte dal Regno Unito a sostegno della decisione di non partecipare all'adozione del regolamento spiccano la debolezza delle garanzie offerte al debitore e la difficoltà di mettere in opera le disposizioni sulla trasparenza del suo patrimonio nel rispetto del segreto bancario (cfr. dichiarazione del 31 ottobre 2011, in www.publications.parliament.uk).

[24] Il *Working Document*, cit., par. 2.2., suggerisce di rendere obbligatoria l'indicazione dei dati identificativi del debitore. Nonostante che gli obiettivi dichiarati siano di facilitare il reperimento del conto e di rafforzare la protezione del debitore stesso, pare che, al cospetto di un provvedimento *ex parte* notificato al debitore dopo l'esecuzione, l'unico obiettivo realmente perseguibile da siffatta modifica si rivelerebbe il primo.

[25] Vedi Allegato I alla Proposta.

more dei tempi processuali che il creditore deve affrontare per ottenere il provvedimento di sequestro e la decisione di merito[26].

Sotto questa luce, la ricerca e l'utilizzo dei dati appaiono conformi ai principî di legalità, finalità, pertinenza ed esattezza cui è ispirata la normativa dell'Unione in materia di trattamento dei dati personali.

Così, lo stretto collegamento tra le informazioni e gli obiettivi della procedura giustifica il silenzio della banca sul saldo contabile: ciò accade quando il saldo è sufficiente a coprire l'importo specificato nell'ordinanza e, pertanto, non è necessario indicarlo (art. 27, par. 2).

Inoltre, là dove la Proposta prevede che le informazioni circolino tra le differenti autorità, tali informazioni sono minori di quelle che il creditore deve indicare nella domanda di sequestro (o richiedere se non ne è in possesso). È da pensare che, in quel momento, il conto bancario sia già noto (oppure che si debba procedere alla sola ricerca del conto) e, pertanto, la *disclosure* di ulteriori informazioni concernenti il debitore apparirebbe superflua.

Talune perplessità sono state nondimeno espresse dal Garante europeo della protezione dei dati personali nel parere reso sulla Proposta[27].

Si segnala, in primo luogo, che l'obbligo imposto dall'art. 17, par. 2 al creditore/ricorrente di fornire «tutte le informazioni di cui dispone» sembra richiedere al creditore di divulgare anche dati che non siano necessari ad identificare il debitore e il conto[28].

In secondo luogo, il Garante sostiene che il riferimento a «tutti i mezzi opportuni e ragionevoli» fatto dall'art. 17, par. 4 potrebbe giustificare il ricorso a mezzi eccessivamente invasivi nella vita privata del debitore.

Inoltre, il Garante domanda un chiarimento su cosa l'art. 17, par. 5 intende per «registri pubblici esistenti», soprattutto per far sì che la ricer-

[26] Si tratta, peraltro, di una politica sulla ricerca di informazioni che anticipa quella più generale auspicata nel citato Libro verde del 2008 sulla trasparenza del patrimonio del debitore. Desta, tuttavia, perplessità la scelta della Commissione di elaborare una proposta legislativa sul sequestro dei conti prima di quella concernente uno strumento uniforme di divulgazione dei dati riguardanti il patrimonio del debitore dato che quest'ultimo strumento è di tutta evidenza funzionale all'efficienza del sequestro. In questo senso v. anche il Comitato economico e sociale europeo, parere del 26 aprile 2012, cit., punti 1.2 e 3.9.

[27] Parere del Garante europeo della protezione dei dati sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un'ordinanza europea di sequestro conservativo su conti bancari per facilitare il recupero transfrontaliero dei crediti in materia civile e commerciale (2011/C 373/03 del 13 ottobre 2011), in *G.U.U.E.*, C 374 del 21 dicembre 2011, p. 4 ss.

[28] Nello stesso senso v. *Working Document*, cit., par. 2.2.

ca nei pubblici registri non superi i limiti della necessità e della proporzionalità.

Infine, si raccomanda alla Commissione di specificare che la banca deve trasmettere la dichiarazione di avvenuto sequestro esclusivamente attraverso mezzi elettronici sicuri, risultando dalla formulazione letterale della Proposta che la banca avrebbe soltanto una facoltà di ricorre a mezzi del genere (art. 27, par. 3).

Ci sembrano, tuttavia, rilievi critici facilmente superabili già sul piano interpretativo tenendo conto, come si è visto, che l'applicazione di ciascuna disposizione andrebbe conformata ai principî generali in materia di tutela dei dati personali per effetto del richiamo della direttiva 95/46/CE e dell'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

5. Segue: *esclusione di un problema in merito ai diritti della difesa*

Per come concepita nella Proposta, l'ordinanza europea di sequestro domandata per produrre effetti fuori dallo Stato d'origine non beneficerebbe del sistema di circolazione delle decisioni disciplinato dal regolamento Bruxelles I poiché si tratta di un provvedimento emanato in assenza di contraddittorio e, ancor prima, senza la conoscenza dell'avvio dell'azione giudiziaria da parte del convenuto, nonché eseguito senza una previa comunicazione a quest'ultimo: il riconoscimento automatico e (soprattutto) l'esecuzione, privi di *exequatur*, rappresenterebbero, dunque, un superamento del limite alla circolazione di provvedimenti *ex parte* fissato dalla Corte di giustizia e ritenuto finora invalicabile nello spazio giudiziario europeo[29].

Lo scenario non muta granché a seguito dell'adozione del regolamento Bruxelles I *bis* dato che, a proposito di provvedimenti cautelari

[29] Cfr. Corte di giustizia, 21 maggio 1980, causa 125/79, *Denilauler*, in *Raccolta*, 1980, p. 1553 ss., in un caso concernente un sequestro di conti bancari. Vedi pure 13 luglio 1995, causa C-474/03, *Hengst Import BV*, ivi, 1995, I-2113, punto 19; 14 ottobre 2004, causa C-39/02, *Mœrsk Olie & Gas*, ivi, 2004, p. I-9657 ss., punto 50 ss. In argomento, CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*[6], Torino, 2009, p. 221 s.; SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001 (La revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)*[3], Padova, 2006, p. 329 s.; SANDRINI, *La tutela cautelare*, cit., p. 351 ss. Sui problemi di compatibilità della natura contumaciale del processo con i diritti fondamentali in materia processuale in generale v. CAFAGNA, *L'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la circolazione delle decisioni: il giudizio civile contumaciale*, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, a cura di Carella, Torino, 2009, p. 17 ss.

resi dal foro competente per il merito, è stata abbandonata l'idea di aprire *in toto* il regime di circolazione ai provvedimenti *ex parte.* Quell'idea, formulata nell'art. 42, par. 2, lett. *b*), *ii*, della proposta di revisione del regolamento Bruxelles I, prospettava l'esecuzione senza previo *exequatur* anche di siffatti provvedimenti purché fosse dimostrato (mediante apposita certificazione del giudice emittente) che il convenuto avesse il diritto di impugnare il provvedimento in base alla legge dello Stato d'origine[30].

Nel regolamento Bruxelles I *bis*, la definizione di «decisione» di cui all'art. 2 esclude, invece, i provvedimenti *ex parte* facendo salvi, tuttavia, quelli notificati o comunicati al convenuto *prima* dell'esecuzione, i quali potranno circolare in base al regolamento[31]. Restano fuori, pertanto, tutti i provvedimenti volti a produrre il c.d. effetto-sorpresa, vale a dire quelli eseguiti senza la previa comunicazione al convenuto.

Senonché, è possibile sostenere che l'ordinanza europea di sequestro e la relativa circolazione non presentano (né possono presentare) elementi di attrito con la giurisprudenza della Corte di giustizia e con la chiusura nei confronti dei provvedimenti *ex parte* «confermata» dal regolamento Bruxelles I *bis*[32].

Può notarsi, innanzitutto, che quella giurisprudenza e il regolamento Bruxelles I (compreso il «*bis*») riguardano un provvedimento «nazionale» e, di conseguenza, che essi solo difficilmente sono accostabili all'ordinanza in oggetto dato che questa costituirebbe un provvedimento emanato in base a una procedura disciplinata in via uniforme dal diritto dell'Unione europea sia pure con il concorso del diritto nazionale sugli aspetti evidenziati in precedenza.

In secondo luogo, la normativa uniforme avanzata nella Proposta, da un lato, è ideata per disciplinare le circostanze, le modalità e le condizioni cui sono subordinate l'emissione dell'ordinanza europea di sequestro, la relativa natura provvisoria e cautelare e, infine, l'esecuzione; dall'altro, essa mira ad assicurare al meglio i diritti della difesa del debi-

[30] Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (COM(2010) 748) del 14 dicembre 2010, consultabile sul sito www.eur-lex.europa.eu. Sulla proposta di revisione in generale v. soprattutto i contributi raccolti in *Recasting Brussels I*, a cura di Pocar, Viarengo e Villata, Padova, 2012.

[31] Vedi pure il considerando n. 33.

[32] Invero, la chiusura nei confronti dei provvedimenti *ex parte* poi sancita dal regolamento Bruxelles I *bis* priva di fondamento il dubbio circa la necessità e l'utilità di introdurre l'ordinanza europea di sequestro che il Comitato economico e sociale aveva avanzato sulla base del diverso orientamento della proposta del 2010 (cfr. parere del 26 aprile 2012, cit., punto 3.8.2).

tore in un contesto transfrontaliero di tutela cautelare chiesta dal creditore in supporto al processo di merito o a quello esecutivo.

Così, sotto il primo profilo, la Proposta detta in via uniforme quei presupposti per l'emanazione e per l'esecuzione dell'ordinanza che la Corte di giustizia, con riferimento a un provvedimento analogo, ma nazionale, ritiene inevitabilmente agganciati al diritto nazionale e alla natura esecutivo-territoriale del provvedimento stesso la quale giustifica, ai suoi occhi, la competenza del *solo* giudice del luogo in cui sono localizzati i beni da sequestrare, anche se si tratta del foro «esorbitante»[33].

Sotto il secondo profilo, la Proposta intende eliminare i problemi che la Corte aveva individuato sul piano della protezione dei diritti di difesa del convenuto/debitore per escludere i provvedimenti *ex parte* dal sistema di circolazione delle decisioni contemplato nel regolamento Bruxelles I.

In particolare, la Proposta elabora un articolato sistema di impugnazioni che evoca in una certa misura il regime di salvaguardia delle norme minime a garanzia del debitore stabilito dai regolamenti n. 805/2004, n. 1896/2006 e n. 861/2007.

Tale sistema di impugnazioni si innesta in un quadro di garanzie del debitore già delineato nella stessa procedura volta all'emissione e all'esecuzione dell'ordinanza[34]: quadro che presumibilmente sarà ritoccato in senso migliorativo per la posizione del debitore prima dell'approdo al testo finale del regolamento[35].

[33] *Denilauler*, cit., punto 15; *Van Uden*, cit., punto 38 ss.; 27 aprile 1999, C-99/96, *Mietz*, in *Raccolta*, 1999, I-2277, punto 49 ss.

[34] Si pensi che: a) l'avvenuto sequestro va notificato al debitore il più presto possibile («senza ingiustificato ritardo»): art. 25 (ragioni di certezza giuridica suggeriscono la previsione di un termine uniforme: v. ancora Comitato economico e sociale europeo, parere del 26 aprile 2012, cit., punto 4.8 e la proposta di agganciare il termine al «giorno lavorativo successivo» alla trasmissione da parte della banca della dichiarazione di avvenuto sequestro); b) la notifica deve comprendere tutti i documenti utilizzati dal creditore per ottenere l'ordinanza europea di sequestro. Ma si ricordi anche che il creditore 1) deve costituire una garanzia se lo richiede il giudice emittente eccetto che nei casi di ordinanza fondata su titolo già esecutivo nello Stato del conto; 2) deve avviare il processo di merito (presumibilmente a cognizione piena) entro trenta giorni – salvo che il giudice addirittura non decida per un termine inferiore –, pena la revoca dell'ordinanza; 3) deve promuovere il processo esecutivo in tempi brevi qualora il titolo su cui poggia l'ordinanza europea di sequestro sia esecutivo.

[35] Nel documento della Presidenza del Consiglio dell'Unione del 22 novembre 2012, cit., si auspica, in relazione a taluni profili evidenziati nella nota precedente, il rafforzamento della tutela del debitore secondo precise direttrici, le quali, in tal senso, tendono anche a ridurre, sotto certi aspetti, il ruolo integrativo del diritto nazionale. Secondo quel documento, occorre modificare la Proposta prevedendo che: (*a*) la richiesta di un'ordinanza europea di sequestro «should contain an affirmation that the information

Entrando nel dettaglio, il sistema di impugnazione fa sì che il debitore disponga di un ventaglio di mezzi e «luoghi» per opporsi agli effetti del sequestro.

Innanzitutto, egli, ai sensi dell'art. 34, può presentare *reclamo* contro l'ordinanza europea di sequestro dinanzi all'autorità emittente, adducendo motivi di merito (infondatezza del credito e/o del *periculum in mora*), la violazione dei limiti di applicabilità del futuro strumento, il difetto di giurisdizione della stessa autorità emittente o il mancato avvio in termini del procedimento di merito.

In secondo luogo, egli può opporsi all'esecuzione dinanzi all'autorità competente per quest'ultima, in particolare eccependo l'esenzione dall'esecuzione dell'importo sequestrato (o di parte di esso) oppure l'esistenza di una decisione nello Stato membro di esecuzione che accerti l'infondatezza del credito o, ancora, l'impignorabilità del conto bancario per ragioni connesse all'immunità dall'esecuzione forzata secondo la legge dello stesso Stato (art. 35).

Emergono, dunque, due rimedi, l'uno volto per lo più a contestare le ragioni della tutela cautelare, ivi compreso l'omesso o ritardato avvio del procedimento di merito, l'altro volto a impedire il sequestro del conto per ragioni legate alla improcedibilità dell'esecuzione a causa del difetto del titolo o alla luce della natura, della destinazione o della capienza del conto[36].

provided by the creditor is true and complete, as well as a reminder that any deliberate false statements or omissions may lead to legal consequences under the law applicable»; (*b*) di norma, «only a court should be empowered to issue a Preservation Order»; (*c*) l'ordinanza sia revocabile senza l'intervento del debitore allorché «the creditor fails to initiate proceedings on the substance of the matter within the time-limit specified in the proposed Regulation» (par. 19). Sulla stessa scia, si auspica: a) che il creditore risponda (nei confronti del debitore) «for any damage caused by any violation by him of his duties under the proposed Regulation, under circumstances and standards to be agreed later by the Member States»; (*b*) che egli, ove richieda l'ordinanza europea di sequestro prima di agire per il merito, «should, in principle, have to provide some kind of security to ensure adequate compensation to the debtor for damage caused by any violation by the creditor of his duties under the proposed Regulation», precisando che il giudice «should have discretion to dispense with this requirement in situations where the provision of such security would be inappropriate or unnecessary» (in altri termini, la costituzione della garanzie diverrebbe sempre obbligatoria – a differenza della Proposta in cui lo è, come si è visto, soltanto se la garanzia per danni è imposta dal giudice e la *lex fori* prevede la responsabilità del creditore – salvo una specifica dispensa da parte del giudice). Più problematica sotto il profilo di un reale bilanciamento con la posizione del creditore è l'idea del *Working Document*, cit., par. 2.2., di prevedere in via eccezionale un'udienza del debitore, nel caso di domanda *ex parte* priva del supporto di un titolo esecutivo, quando risulti necessario ottenere maggiori informazioni prima di emettere l'ordinanza europea di sequestro.

[36] L'Allegato IV alla Proposta predispone un modulo comune ai due rimedi.

Ciò spiega perché il primo rimedio è circoscritto al caso in cui l'ordinanza è emessa prima o durante il processo di merito ovvero quando essa è resa in virtù di una decisione esecutiva nello Stato membro d'origine, ma non ancora dichiarata esecutiva nello Stato membro dell'esecuzione; mentre il secondo rimedio è attivabile in qualsiasi caso dinanzi alle autorità dello Stato membro di esecuzione[37].

Il debitore può anche chiedere la revoca dell'ordinanza se la decisione, la transazione o l'atto pubblico utilizzati dal creditore a sostegno della domanda (ed esecutivi anche nello Stato di esecuzione) sono stati annullati nello Stato d'origine (art. 35, par. 3, *i*))[38]. Si prevede un'ipotesi di revoca (in qualsiasi momento) qualora il debitore abbia estinto il suo debito ovvero qualora il credito risulti infondato in base a una decisione giudiziaria (art. 40)[39].

Il debitore può peraltro impedire il corso dell'esecuzione dell'ordinanza prestando una garanzia pari all'importo sequestrato (art. 38).

Un rafforzamento della posizione del debitore emerge, infine, quando egli riveste la posizione di parte debole del rapporto da cui sorge il credito (quando si tratta, in altri termini, di consumatore, assicurato o lavoratore dipendente): reclamo e opposizione potranno essere presentati, oltre che dinanzi all'autorità emittente e all'autorità dell'esecuzione, anche dinanzi al foro del suo domicilio (art. 36).

[37] Va notato che l'omesso avvio in termini del procedimento di merito giustifica, oltre al reclamo previsto dall'art. 34, anche l'istanza di revoca dinanzi all'autorità dello Stato di esecuzione (art. 35, par. 2).

[38] Il debitore può domandare la sospensione dell'esecuzione qualora l'esecutività sia stata soltanto sospesa nello Stato d'origine (art. 35, par. 2, *ii*)).

[39] La legittimazione sull'istanza di revoca spetta anche al creditore: l'art. 40 si riferisce, infatti, a «ciascuna parte» e individua come motivo della revoca il fatto – rispetto al quale anche il creditore può avere interesse – «che le circostanze sulla cui base [l'ordinanza] è stata emessa sono nel frattempo mutate».

LE FORME DI COOPERAZIONE INTERNAZIONALE NELLE PROCEDURE DI INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA

MICHELE MALTESE·

SOMMARIO: 1. Il ruolo della cooperazione internazionale nei paradigmi normativi sull'insolvenza transfrontaliera. – 1.1. Il modello della territorialità. – 1.2. Il paradigma dell'universalità. – 1.3. L'evoluzione dei paradigmi dominanti e il risalto dell'elemento cooperativo. – 2. Le forme della cooperazione nell'insolvenza transfrontaliera. – 2.1. La cooperazione giurisdizionale: il riconoscimento e l'esecuzione delle procedure straniere. – 2.2. Lo scambio di informazione e la comunicazione tra curatori. – 2.3. I protocolli di cooperazione tra corti e curatori fallimentari. – 3. Conclusioni.

1. Il ruolo della cooperazione internazionale nei paradigmi normativi sull'insolvenza transfrontaliera

È opinione consolidata quella secondo cui qualunque modello normativo in tema di insolvenza transfrontaliera si colloca necessariamente in una gamma compresa tra due opposti paradigmi ideali: la c.d. *universalità* da un lato, e la c.d. *territorialità* dall'altro. In questo senso, come affermato già in tempi risalenti da autorevole dottrina, universalità e territorialità "*sono criteri formulati per risolvere, in genere, tutti i possibili problemi di diritto internazionale privato in materia fallimentare*"[1].

· Dottorando di ricerca presso l'Università di Roma "Tor Vergata", Facoltà di Giurisprudenza.

[1] Così G. ENRIQUES, *Universalità e territorialità del fallimento nel diritto internazionale privato*, Roma, 1934, 15. Nello stesso senso cfr., *ex multis* e limitatamente alla letteratura italiana anche L. MERIGGI, *Contributo alla dottrina del fallimento in diritto internazionale privato*, Genova, 1936; M. GIULIANO, *Il fallimento nel diritto processuale civile internazionale,* Milano, 1943; ID., F*allimento (dir. internazionale),*voce in Enc. Dir., vol. XVI, Giuffré, 1959; G. BONGIORNO, *Osservazioni in tema di universalità e territorialità del fallimento*, in Dir. Fall., 1974, 261 ss.; ID., *Universalità e territorialità del fallimento (problemi antichi ma sempre più attuali),* in Dir. Fall., 1991, I, 666 ss.; A. LUPONE, *L'insolvenza transazionale. Procedure concorsuali nello Stato e beni all'estero,* Cedam, 1995; L. DANIELE, *Il fallimento nel diritto internazionale privato e processuale,* Cedam, 1987; I. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria. Modelli di riferimento e diritto interno*, Giappichelli, 2007; M.

Nella prima parte del presente scritto si intende dare conto di come l'evoluzione storica di questi due paradigmi normativi – tanto nel formante dottrinale quanto in quello legislativo – abbia rivelato una tendenza alla convergenza verso modelli che pongono in primo piano l'elemento della cooperazione. Nella seconda parte del contributo si tenterà passare in rassegna alcune delle modalità secondo cui il principio di cooperazione viene declinato nelle procedure di insolvenza transfrontaliere.

1.1. Il modello della territorialità

Il modello territorialista si fonda sull'osservazione secondo cui l'apertura di una procedura concorsuale è espressione del potere giurisdizionale dello stato in cui essa è stata iniziata: tale procedura, pertanto, è idonea a spiegare efficacia solamente nei confronti dei beni e dei soggetti sui quali lo stato di apertura esercita il proprio potere in base a un criterio di collegamento da esso eletto a titolo di giurisdizione. Di conseguenza, la procedura di insolvenza territorialista può avere a oggetto esclusivamente il patrimonio del debitore che, ai sensi della *lex fori*, risulta localizzato entro i confini dello stato di apertura, senza che possa essere coltivata alcuna pretesa di efficacia su beni che si trovano all'estero.

Inoltre, un ordinamento territorialista non riconosce alcuna efficacia alle dichiarazioni di fallimento pronunciate all'estero, dovendo gli effetti di queste ultime essere limitati all'interno dei confini territoriali dello stato in cui sono state emesse. In questo modo, a livello "aggregato", l'ipotetica adozione a livello internazionale del criterio territorialista comporta che nei confronti del medesimo debitore possano essere aperte una pluralità di procedure concorsuali parallele e indipendenti, ciascuna

VANZETTI, *L'insolvenza transfrontaliera: storia del problema*, Giuffrè, 2006. Nella letteratura in lingua inglese cfr. D. T. TRAUTMAN – J.L. WESTBROOK – E. GAILLARD, *Four Models for International Bankruptcy,* in Am. J. Comp. Law., 1993, 574 ss.; J.L. WESTBROOK, *Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum*, in Am. Bank. L. J., 1991, 475 ss.; ID., *Choice of Avoidance Law in Global Insolvencies*, in Brookl. J. Int. Law, 1991, 515 ss.; L. M. LOPUCKI, *Cooperation in International Bankruptcy: A Post-universalist Approach*, in Cornell. L. Rev., 1999, 696 ss.; ID., *The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy*, in Mich. L. Rev., 2000, 2216 ss.; ID., *Universalism unravels,* in Am. Bank. L. J., 2005, 143 ss.; R.K. RASMUSSEN, *A New Approach to Transnational Insolvencies*, in Mich. J. Int. Law, 1997, 27 ss.; A. GUZMAN, *International Bankruptcy: In Defense of Universalism,* Mich. L. Rev., 2000, 2177; L. PERKINS, *A Defense of Pure Universalism in Cross-Border Corporate Insolvencies*, N. Y. U. J. Int. L. & P., 2000, 815 ss.

delle quali ha a oggetto solamente i beni e le situazioni obbligatorie sulle quali lo stato di apertura afferma la propria giurisdizione.

È interessante notare come, dal punto di vista della storia del pensiero giuridico, il principio di territorialità discenda dall'inquadramento pre-moderno delle norme del fallimento come statuto reale del debitore (cioè di *lex quae disponuit circa rem*, secondo la terminologia di Bartolo di Sassoferrato, opposta allo statuto personale, ossia alla *lex quae disponuit circa personam*, dal quale discende invece l'impostazione universalista del fallimento[2]): in questo senso, le norme sul fallimento avrebbero a oggetto solamente i beni del debitore e, pertanto, sarebbero inidonee a spiegare i propri effetti al di là del territorio sul quale i suddetti beni si trovano, con la conseguenza che la giurisdizione in materia fallimentare non può che appartenere all'ordinamento nel cui territorio tali beni sono localizzati.

Anche dopo l'abbandono della dogmatica del fallimento come statuto reale del debitore, nell'ordinamento italiano il modello territorialista ha per lungo tempo prevalso sul contrapposto principio di universalità[3]. Infatti, la dottrina italiana sottolineava come dal punto di vista sistematico il paradigma territorialistico fosse perfettamente conforme con la concezione esecutiva del fallimento, all'epoca dominante[4]. Inoltre, il modello territorialista ben si accordava con la connotazione pubblicistica dell'esercizio della giurisdizione prevalente nel corso del

[2] Riferisce M. VANZETTI, *L'insolvenza transfrontaliera: storia del problema*, cit., 210, che la derivazione del principio territorialista dalla dogmatica del fallimento come statuto reale dell'imprenditore è stata evidenziata per la prima volta da G. CARLE, *La faillite dans le droit international privé ou du conflit de lois de différentes nations en matière de faillite,* Parigi, 1875. Per un'esposizione dell'applicazione dell'inquadramento del fallimento come statuto reale, cfr. N. ROCCO, *Trattato di diritto civile internazionale,* Livorno, 1860, 354 ss.; C.F. GABBA, *Nota,* in Giur. It., 1892, I, 2, c. 200 e G. OTTOLENGHI, *L'esecutorietà in Italia della sentenza straniera di fallimento,* in Foro Subalpino, 1924, 125 ss. e nella dottrina francese cfr. E. THALLER, *Des faillites en droit comparé*, Paris, 1887, e L. JACOT, *La faillite en droit international,* in Nouvelle Revue de droit international privé, 1934, 778 ss. Per una ricostruzione più recente dell'evoluzione storica del paradigma territorialista cfr. C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato,* Morlacchi, 2005, 17.

[3] Cfr. sul punto M. VANZETTI, *L'insolvenza transfrontaliera: storia del problema*, cit., 210 ss.

[4] In questo senso, la sentenza dichiarativa di fallimento non poteva neppure presentare vocazioni extraterritoriali, dal momento che ciascun ordinamento non dispone di alcuna autorità sui beni del fallito collocati all'estero. Secondo C.F. GABBA, *Nota,* cit., la dichiarazione straniera di fallimento non solo non poteva avere efficacia all'interno prima di aver ottenuto l'*exequatur*, ma neppure era suscettibile di ottenere tale provvedimento, in quanto l'organo giurisdizionale straniero che l'aveva pronunciata si poteva riferire soltanto a quei beni che si trovavano sul proprio territorio.

IX secolo e all'inizio del XX secolo, secondo cui il potere giurisdizionale è primariamente espressione della sovranità statale ed è solo indirettamente strumentale alla realizzazione dei diritti dei singoli consociati[5].

1.2. Il paradigma dell'universalità

Il modello universalista muove dal presupposto che ogni procedura fallimentare ha un'intrinseca vocazione a ricomprendere l'intero patrimonio del debitore, dato che solo assoggettando quest'ultimo a un'unica legge e a un'unica giurisdizione è possibile attuare pienamente il principio concorsuale della *par condicio creditorum* senza correre il rischio di distorcere l'esito della procedura per effetto dalla diversità delle leggi vigenti nei vari ordinamenti nazionali coinvolti[6]. Di conseguenza, seguendo l'approccio universalista, la dichiarazione di fallimento dovrebbe dispiega i propri effetti su tutti i beni del debitore a prescindere dalla loro localizzazione.

In questo modo, il modello dell'universalità si propone di coniugare l'obiettivo di realizzare l'eguaglianza dei creditori – tutti insinuati nel medesimo stato passivo – con quello di minimizzare i costi amministrativi della (unica) procedura, assicurando peraltro un alto tasso di prevedibilità in ordine al trattamento dei crediti ai sensi del (l'unico) diritto fallimentare applicabile[7].

Peraltro, questo paradigma normativo pone il problema di individuare la (unica) giurisdizione avente titolo ad aprire la procedura concorsuale a portata universale, destinata a ricomprendere l'intero

[5] Per questa considerazione cfr. I. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria. Modelli di riferimento e diritto interno*, cit., 15, spec. nt. 22, che richiama a proposito G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile,* Napoli, 1923, 303 ss.; F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile,* Padova, 1925, vol. IV, 417; e E. BETTI, *Ragioni ed azione,* in *Riv. Dir. Proc*., 1932, I, 233 ss.

[6] Il modello universalista deriva storicamente dall'inquadramento delle norme del fallimento come statuto personale del debitore. In questo senso, fino alla fine del XIX secolo la dottrina italiana argomentava che le procedure di insolvenza hanno per oggetto, in primo luogo, la capacità del soggetto fallito: pertanto, come nel diritto internazionale privato l'incapacità in generale (da determinarsi a norma della legge nazionale del soggetto) ha efficacia universale, così anche l'incapacità derivante dalla dichiarazione di fallimento non può che produrre effetti anche al di là dei confini territoriali dello stato che l'ha pronunciata. Per questa impostazione cfr. G. BONELLI, *Del fallimento,* Milano, 1938, 136 ss.

[7] Cfr. I. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria. Modelli di riferimento e diritto interno*, cit., 24 e R. COULSON, *Choice of law in United States Cross-Border Insolvencies,* in Denv. J. Int'l L. & Pol'y, 2003, 67 ss.

patrimonio del debitore: infatti, solo i provvedimenti emessi da quest'ultima potranno essere riconosciuti ed eseguiti nell'ordinamento informato al principio universalista. In questo senso, l'adesione all'universalismo pone necessariamente l'esigenza di costruire un consenso quanto più possibile ampio e condiviso a livello internazionale per l'individuazione del titolo di giurisdizione abilitante all'apertura di una procedura a carattere universale.

Con riferimento all'evoluzione storica del paradigma universalista nell'ordinamento italiano, si è già accennato nel paragrafo precedente che esso deriva dall'inquadramento pre-moderno delle norme del fallimento intese come statuto personale del debitore[8]. In questo senso, fino alla fine del XIX secolo la dottrina argomentava che le procedure di insolvenza hanno per oggetto, in primo luogo, la capacità del soggetto fallito, cioè una sua qualità personale che deve essere disciplinata dalla legge nazionale del soggetto con efficacia universale: pertanto, come nel diritto internazionale privato l'incapacità in generale (da determinarsi a norma della legge nazionale del soggetto) ha efficacia universale, così anche l'incapacità derivante dalla dichiarazione di fallimento non può non produrre effetti anche al di là dei confini territoriali dello stato che l'ha pronunciata[9].

La dottrina italiana più recente ha inoltre elaborato ulteriori e più aggiornati argomenti a sostegno dell'impostazione universalista. In primo luogo, è stato sottolineato che "*le leggi relative all'insolvenza hanno un'intrinseca vocazione universale, nel senso che privilegiano una risoluzione collettiva della crisi di impresa*"[10] e, dunque, meglio si accordano con l'approccio universalistico. In secondo luogo, accentuando il parallelismo tra dichiarazione straniera di fallimento e la sentenza pronunciata all'estero, si è evidenziato come la prima, al pari della seconda, sarebbe intrinsecamente idonea ad acquistare efficacia all'estero, e avrebbe dunque, portata tendenzialmente universale[11].

[8] V. *supra* paragrafo precedente.

[9] Questa impostazione si deve a G. BONELLI, *Del fallimento,* cit., 136 ss.

[10] Così I. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria. Modelli di riferimento e diritto interno*, cit., 4.

[11] Così M. GIULIANO, *Il fallimento nel diritto processuale civile internazionale,* cit., 80. Non è possibile in questa sede soffermarsi sul dibattito storico relativo al riconoscimento e l'esecuzione della sentenza fallimentare estera in Italia, sia in vigenza della versione originaria del codice di procedura civile, sia a seguito dell'entrata in vigore della legge 31 maggio 1995, n. 218. Sul punto sia pertanto consentito rinviare, per l'evoluzione storica, a M. VANZETTI, *L'insolvenza transfrontaliera: storia del problema*, cit., 221 ss. e, per il dibattito corrente, a L. BACCAGLINI, *Il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza fallimentare straniera in Italia*, Università degli Studi di Trento, 2008, *passim.*

Ancora più di recente, uno studio condotto con i mezzi dell'analisi economica del diritto[12] ha evidenziato come l'adozione di una legislazione a stampo universalista minimizzi – rispetto all'opposto modello territorialista – gli effetti distorsivi sul mercato del credito, essendo, come noto, quest'ultimo influenzato *ex ante* dal possibile trattamento riservato al creditore in sede fallimentare.

1.3. L'evoluzione dei paradigmi dominanti e l'importanza dell'elemento cooperativo

Si è già accennato a come entrambi i modelli sin qui descritti rappresentino paradigmi normativi validi solamente a livello ideale e non siano privi di controindicazioni, soprattutto qualora siano calati nella realtà operativa.

Da un lato, infatti, il territorialismo rischia di frantumare il principio della concorsualità delle procedure di insolvenza in una pluralità di procedimenti paralleli pendenti nei diversi stati coinvolti. Conseguentemente, esso fa emergere il rischio di decisioni contrastanti a livello internazionale e determina l'artificiosa compartimentazione del patrimonio del debitore in "sotto-patrimoni" nazionali non comunicanti tra loro, vanificando così il principio della *par condicio creditorum* e riservando trattamenti diversi ai creditori in ragione della loro localizzazione geografica. Si è già menzionato, infine, di come sotto il profilo degli incentivi economici il paradigma territorialista venga accusato di distorcere il mercato del credito e provocare così risultati sub-ottimali dal punto di vista economico[13].

D'altro canto, anche il paradigma universalista non appare esente da critiche.

In primo luogo, si contesta che esso possa in concreto assicurare quell'elevato tasso di prevedibilità, che dovrebbe derivare dall'individuazione di un'unica giurisdizione competente per l'intera procedura[14].

[12] Il riferimento è a L.A. BEBCHUCK – A.T. GUZMAN, *An economic analysis of transnational bankruptcies*, in The J. Law and Economics, 1999, 775 ss i quali dimostrano tuttavia come esista un incentivo per i singoli stati ad adottare una legislazione sul modello territorialistico, dal momento che, promettendo un trattamento di favore al creditore domestico, favoriscono la concessione del credito e attirano investimenti nel proprio territorio, precostituendosi la garanzia alla quale attingere in caso di insolvenza.

[13] Cfr. L.A. BEBCHUCK – A.T. GUZMAN, *An economic analysis of transnational bankruptcies*, cit., 775 ss.

[14] Cfr. L.M. LOPUCKI, *Cooperation in International Bankruptcy: A Post-universalist Approach*, in Cornell. L. Rev., 1999, 696 ss. e v. anche F. TUNG, *Skepticism*

Infatti, la possibilità di individuare un unico foro competente per l'apertura della procedura concorsuale universale dipende esclusivamente dalla circostanza che tutti gli ordinamenti potenzialmente coinvolti facciano riferimento al medesimo titolo di giurisdizione per identificare la giurisdizione a portata universale e ne riconoscano la ricorrenza in ogni caso specifico in base a concordi valutazioni di fatto e di diritto[15]. Si tratta con tutta evidenza di una situazione difficilmente realizzabile spontaneamente, che più verosimilmente può in concreto verificarsi soltanto in forza di accordi internazionali nei quali gli stati interessati dall'insolvenza transfrontaliera definiscono *a priori* i criteri comuni in base ai quali determinare la competenza l'apertura della procedura[16].

In questo senso, si sottolinea che la circostanza, per cui il modello universalista richiede per funzionare di essere adottato da tutti gli stati potenzialmente interessati, agisce invece come incentivo per i singoli stati ad adottare un modello territorialista, in modo da poter così sfruttare a proprio esclusivo vantaggio il differenziale normativo, stimolando l'attrazione degli investimenti esteri nel proprio territorio[17].

Dal punto di vista pratico, inoltre, l'adesione al paradigma universalista comporta da parte dei singoli stati la disponibilità a rinunciare, con l'abdicazione dall'esercizio della giurisdizione, all'applicazione dei principi e delle regole vigenti a livello nazionale in materia di diritto fallimentare, che, come è noto, molto spesso sono espressione della necessità di tutelare interessi avvertiti in maniera particolarmente intensa[18]. Di conseguenza, la concreta realizzabilità del modello universalista sconta un certo grado di idealismo sul piano politico-internazionale e rischia di essere messa in discussione a seconda delle convenienze in concreto di volta in volta riscontrabili in capo agli stati coinvolti.

About Universalism: International Bankruptcy and International Relations, UC Berkeley Law and Economics Working Paper No. 2001-7, disponibile su http://papers.ssrn.com.

[15] Cfr. I. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria. Modelli di riferimento e diritto interno*, cit., 27.

[16] La medesima osservazione viene svolta anche dalla dottrina statunitense che più di ogni altra si è fatta fautrice del modello universalista, secondo la quale i prerequisiti richiesti per il funzionamento di quest'ultimo sono la *reciprocity* e la *similarity of laws* fra gli ordinamenti interessati. Cfr. J.L. WESTBROOK, *Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum*, in Am. Bank. L. J., 1991, 475 ss.

[17] Cfr. F. TUNG, *Is international bankruptcy possible?,* in Mich. J. Int. L., 2001, 31 ss.

[18] Cfr. I. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria. Modelli di riferimento e diritto interno*, cit., 33.

Al fine di affrontare le critiche mosse ai modelli universalista e territorialista nella loro versione pura, sono stati elaborati dalla dottrina (seguita, almeno in parte, dai legislatori nazionali e internazionali) paradigmi normativi "ibridi", che, pur partendo da un'impostazione di fondo alternativamente universalista o territorialista, finiscono per marcare una traiettoria di decisa convergenza tra di loro. È interessante notare, a questo proposito, che l'avvicinamento tra modelli normativi sembra essere condotto sul terreno della valorizzazione del profilo della cooperazione fra ordinamenti e procedure coinvolte nell'insolvenza transfrontaliera.

In questo senso, parte della dottrina ha cercato di elaborare una versione più temperata del modello territorialista, per la quale è stata proposta la denominazione di "territorialismo cooperativo"[19].

Secondo tale versione del paradigma territorialista, fermo restando il principio secondo cui ciascuno ordinamento dovrebbe essere competente ad aprire e gestire procedimenti di insolvenza limitati ai beni presenti sul proprio territorio, i sistemi fallimentari nazionali potrebbero instaurare adeguate forme di cooperazione tra loro al fine di massimizzare i risultati di ciascuna procedura locale ed evitare ingiustificate discriminazioni tra i creditori, ad esempio, scambiando informazioni tra curatori e corti fallimentari, concordando forme di gestione dell'attivo, evitando duplicazioni nella soddisfazioni dei crediti, etc.[20].

Tale versione temperata del territorialismo condurrebbe a un risultato efficiente dal punto di vista economico, dal momento che la prossimità territoriale ridurrebbe il costo di recupero dei crediti rispetto al caso di adesione al modello universalista[21]. Esso sarebbe inoltre coerente con il principio di affidamento dei creditori, i quali, in caso di insolvenza, si aspettano che il loro credito e le garanzie che assistono quest'ultimo siano governati dalla legge del luogo nel quale essi devono essere fatti valere[22]. Infine, il modello territorialista nella sua versione

[19] Cfr. L.M. LOPUCKI, *Cooperation in International Bankruptcy: A Post-universalist Approach*, cit., 696 ss.; ID., *The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy*, in Mich. L. Rev., 2000, 2216 ss.; ID., *Universalism unravels,* in Am. Bank. L. J., 2005, 143 ss. Conf. v. anche F. TUNG, *Skepticism About Universalism: International Bankruptcy and International Relations,* cit., *passim*; e ID., *Is international bankruptcy possible?,* in Mich. J. Int. L., 2001, 31 ss.

[20] Cfr. L.M. LOPUCKI, *The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy*, cit., 2216 ss.

[21] Cfr. V. TUNG, *Skepticism About Universalism: International Bankruptcy and International Relations,* cit., e ID., *Is international bankruptcy possible?,* cit., *passim*.

[22] L.M. LOPUCKI, *The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy*, cit., *passim.*

cooperativa corrisponderebbe ad un'istanza di pluralismo giuridico, perché – meglio del paradigma universalista – garantirebbe la specificità delle legislazioni locali e delle tutele da queste accordate (senza contare che esso solo potrebbe garantire la complessiva coerenza dell'ordinamento giuridico, consentendo la piena esplicazione delle scelte di politica del diritto in materia di insolvenza svolte dal singolo legislatore)[23].

In senso inverso, altra parte (peraltro maggioritaria) della dottrina ha sviluppato il modello dell'universalità c.d. "limitata"[24].

Secondo questo modello l'insolvenza transfrontaliera dovrebbe essere affrontata mediante l'apertura e la conduzione di un'unica procedura concorsuale nello stato che presenta il legame più stretto con il debitore; tuttavia non dovrebbe essere esclusa la possibilità di aprire in altri stati procedimenti paralleli minori di carattere locale, da coordinare opportunamente con la procedura principale. In questo modo, il procedimento principale avrebbe carattere tendenzialmente universale e sarebbe, dunque, sempre idoneo a ricomprendere l'intero patrimonio del debitore insolvente – inclusi i beni situati al di fuori del territorio dello stato di apertura –, mentre le procedure locali avrebbero carattere territoriale e riguarderebbero pertanto solamente i beni situati sul territorio dello stato nel quale esse sono pendenti.

Anche il modello dell'universalità limitata pone l'accento sull'elemento della cooperazione, prevedendo momenti di raccordo tra c.d. la procedura principale universale e le procedure secondarie territoriali, finalizzati a ridurre i costi di transazione, evitare duplicazioni e conseguire risultati per quanto possibile corrispondenti a quelli che si otterrebbero nel modello universale puro.

Da quanto detto finora appare chiaro, peraltro, che la cooperazione in materia di insolvenza transfrontaliera rappresenta un elemento di discontinuità rispetto alle versioni "pure" dei paradigmi normativi dell'universalità e della territorialità. Infatti, sia pure per ragioni opposte, questi ultimi non prevedono la necessità di introdurre forme di cooperazione tra corti e organi fallimentari. Nel modello universalista la cooperazione non è necessaria, dal momento che è prevista un'unica

[23] Cfr. I. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria. Modelli di riferimento e diritto interno*, cit., 18.

[24] Cfr., *ex multis*, J. L. WESTBROOK, *A Global Solution to Multinational Default*, in Mich. L. Rev., 2000, 2276, ss. e ID., *Universalism and Choice of Law*, 2003, Penn S. Int'l L. Rev., 625 ss. Storicamente il primo autore a sostenere un simile modello è stato in Francia L. JACOT, *La faillite en droit international*, in Nouvelle Revue de droit international privé, 1934, 778 ss.

procedura nel quale confluisce tutto il patrimonio del debitore. Nel modello territorialista, invece, la cooperazione rappresenta un elemento meramente eventuale, la cui mancanza comunque non pregiudica la possibilità di ripartire il patrimonio del debitore in tante procedure quanti sono gli stati sui quali i beni di quest'ultimo sono localizzati.

A livello legislativo la prevalenza dei modelli ibridi – e, in particolare, di quello dell'universalità limitata – incentrati sulla cooperazione tra procedure di insolvenza è facilmente rilevabile mediante una rassegna della normativa vigente a livello internazionale e comparato. Gli esempi più significativi in questo senso sono senza dubbio rappresentati dalla legge-modello sull'insolvenza transfrontaliera del 1997 proposta dalla Commissione delle Nazioni Unite per il Diritto Commerciale Internazionale (UNCITRAL)[25], e a livello europeo dal Regolamento 1346/2000.

La Legge Modello Uncitral disegna un sistema che, pur prevedendo la possibilità di un'unica procedura a carattere universale, lascia ampio spazio alle iniziative concorsuali a carattere locale, secondo il modello della universalità c.d. limitata. La sua peculiarità consiste nella circostanza che tale schema è accompagnato dalla previsione di numerose ipotesi di cooperazione tra le varie procedure relative al medesimo debitore: è prevista, infatti, una complessa rete di obblighi reciproci di informazione e collaborazione in capo alle autorità dei diversi stati interessati dall'insolvenza del medesimo debitore[26]; inoltre,

[25] Recepita, fra gli altri, da Giappone (2000), Messico (2000), Polonia (2003), Romania (2003), Montenegro (2002), Serbia (2004); Sud Africa (2000), Gran Bretagna (2006) e USA (2005). Sulla legge-modello Uncitral cfr., senza pretesa di completezza, E. B. LEONARD, *A new Milestone in Cross-Border Insolvencies,* in American Bank. Inst. Jour., 1997, 20 ss.; C. ESPLUGES, *The UNICITRAL Model Law of 1997 on Cross-Border Insolvency: an approach*, in Dir. Comm. Internaz., 1998, 657 ss.; M. PRIOR, *The UNCITRAL Model Law on Cross-border insolvency,* in Insol. Law Practice, 1998, 215 ss.; J.L. WESTBROOK, *Modeling International Bankruptcy,* Ann. Survey Bank. Law, 1998-1999, 465 ss.; M.T. CRONIN, *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: Procedural Approach to a Substantive Problem,* in Jour. Corp. Law, 1999, 709 ss.; I.F. FLETCHER, *Insolvency in Private Interantional law,* 2a ed., Oxford University Press, 2005, 443 ss.; M.C. GILREATH, *Overview and Analysis of how the United Nations Model Law on Insolvency would affect United States Corporations doing Business Abroad*, in Bank. Devel. Jour., 2000, 399 ss.; L. GHIA, *Gli obbiettivi della Guida Legislativa sull'insolvenza UNCITRAL*, in Fall., 2005, 1229 ss.; ID., *Profili internazionali del fallimento e fallimenti transfrontalieri,* in G. FAUCEGLIA – L. PANZANI (cur.), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, UTET, vol. III, 2009, 1923 ss.; P. GOTTWALD, *Le insolvenze trans-frontaliere: tendenze europee e soluzioni mondiali,* in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1999, 149 ss.

[26] Cfr. gli artt. 25, 26 e 27 Legge Modello Uncitral.

tali soggetti hanno anche la possibilità di mettere in atto forme innominate e atipiche di cooperazione.

Un approccio non dissimile è stato adottato dal Regolamento 1346/2000 sull'insolvenza transfrontaliera intra-comunitaria[27], che,

[27] Sul Regolamento 1346/2000 cfr. *ex multis* L. FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza,* in *Riv. Dir. Proc*., 2001, 685 ss.; M. LAUTERFELD, *"Centros" and the EC Regulation on Insolvency Proceedings: The End of the Real Seat Approach towards Pseudo-foreign Companies in German International Company and Insolvency Law?,* in *Eur. Business. Law Rev*., 2001, 79 ss.; G. PISCIOTTA, *Il regolamento (CE) n. 1346/2000 sulle procedure d'insolvencza e il suo impatto nell'ordinamento italiano,* in *Europa Dir. Priv*., 2001, 413 ss.; P. BURBIDGE, *Cross border insolvency within the European Union, dawn of a new era,* in Eur. Law. Rev., 2002, 589 ss.; D. BUREAU, *La fin d'un ilot de résistance: le réglement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité, in Revue Critique,* 2002, 613 ss.; I. CANDELARO MACIAS, *Un examen sobre el reglamento 1346/2000 del Consejo de Europa de 29 de mayo sobre procedimientos de insolvencia comunitaria,* in Dir. Fall. 2002, 32 ss.; R. CAPONI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza,* in Foro It., 2002, 32 ss.; L. DANIELE, *Legge applicabile e diritto uniforme nel regolamento comunitario relativo alle procedure d'insolvenza,* in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc*., 2002, 33 ss; M. DE CRISTOFARO, *Il regolamento CE n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza,*in F. FERRARI (cur.), *Le Convenzioni di diritto del commercio internazionale,* Giuffrè, 2002, 374 ss.; S. DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione Europea: competenza, legge applicabile ed efficacia transfrontaliera,* in Fall., 2002, 694 ss.; P. OMAR, *Genesis of the European initiative in insolvency law,* in Int. Insol. Law, 2002, 139 ss.; V. PROTO, *Regolamento UE sulle procedure di insolvenza: un'opportunità per il legislatore italiano,* in Fall., 22002, 709 ss.; G. BONGIORNO, *La tutela dei creditori nella nuova disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, in Dir. Fall., 2003, 640 ss.; A. DI MAJO, *Linee generali di coordinamento tra le procedure concorsuali in Italia e in Europa,* in Dir. Fall., 2003, 507 ss.; V. PROTO, *L'insolvenza transfrontaliera nell'ordinamento comunitario*, in Dir. Fall., 2003, 561 ss.; C. PUNZI, *Le procedure di insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, in Riv. Dir. Proc., 2003, 997 ss.; D. SANTOSUOSSO, *L'insolvenza nei gruppi transfrontalieri tra diritto comunitario e diritto interno*, in Dir. Fall., 2003, 665 ss.; U. TEDESCHI, *Procedura principale e procedure secondarie nel regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza,* in Dir. Fall., 2003, 540 ss.; L. DANIELE, *Il regolamento n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza: spunti critici*, in Dir. Fall., 2004, 593 ss.; P. DE CESARI - G. MONTELLA, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria. Commentario articolo per articolo del Regolamento CE n. 1346/2000*, Giuffrè, 2004; C. FERRI, *Creditori e curatore della procedura principale nel regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza transnazionali*, in Riv. Dir. Proc, 2004, 707 ss.; E. RICCI, *Le procedure locali previste dal regolamento CE n. 1346/2000*, in Giur. Comm., 2004, 900 ss.; E. RICCI, *Il riconoscimento delle procedure di insolvenza secondo il regolamento CE n. 1346/2000*, in Riv. Dir. Proc., 2004, 387 ss; G. S. VINCRE, *Il regolamento CE sulle procedure d'insolvenza e il diritto italiano*, in Riv. Dir. Proc., 2004, 213 ss.; S. BARIATTI, *L'applicazione del regolamento CE n. 1346/2000 nella giurisprudenza*, in Riv. Dir. Proc., 2005, 673 ss.; M.A. LUPOI, *Conflitti di giurisdizioni e di decisioni nel regolamento sulle procedure di insolvenza: il caso "Eurofood" e non solo,* in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2005, 1397 ss.; M.V. BENEDETTELLI, "*Centro degli interessi principali" del debitore e* forum shopping *nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera*, in Riv. Dir. Int. priv. Proc., 2004, 499 ss.; P.

contrariamente alla Legge Modello Uncitral, è direttamente applicabile in tutti gli stati membri dell'Unione Europea (con l'eccezione della Danimarca). Infatti, anche il suddetto regolamento si è ispirato al modello dell'universalità limitata, dal momento che, da un lato, consente allo stato sul cui territorio il debitore ha il proprio centro degli interessi principali (COMI, acronimo dell'espressione inglese *center of main interests*) di aprire una procedura di insolvenza c.d. principale di carattere tendenzialmente universale, e, dall'altro, permette agli altri stati nei quali il debitore stesso abbia una dipendenza di aprire una procedura c.d. secondaria, a carattere territoriale e con finalità necessariamente liquidatoria. Tuttavia, contrariamente alla Legge Modello Uncitral, il riconoscimento delle procedure secondarie territoriali non rappresenta una mera facoltà da esercitare in via discrezionale in capo alle autorità giurisdizionali degli stati membri, ma costituisce un vero e proprio obbligo per questi ultimi. In questo senso, si può osservare che il Regolamento 1346/2000 esprime un modello nel quale il carattere territorialista è molto più marcatamente accentuato rispetto a quello proposto dalla Legge Modello Uncitral, dal momento che esso, mentre conserva immutata la possibilità di aprire una unica procedura principale universale nello stato in cui il debitore ha il proprio COMI, il carattere universale di quest'ultima viene fortemente limitato dalla possibilità di aprire procedure secondarie territoriali, che tutti gli stati hanno l'obbligo, e non già la mera facoltà, di riconoscere[28].

Senza anticipare quanto verrà più diffusamente trattato nella seconda parte di questo contributo, dall'analisi delle legislazioni citate emerge come l'elemento della cooperazione – su cui insistono le versioni "ibride" dell'universalismo e del territorialismo – si concretizza, in pratica, nell'introduzione di sequenze procedimentali a cui partecipano gli organi di tutte le procedure fallimentare coinvolte, finalizzate, ad

OMAR (cur.), *International Insolvency Law. Themes and Perspectives,* Ashgate Publishing Limited, 2008; P. DE CESARI - G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana. Competenza internazionale e riconoscimento delle decisioni*, Cedam, 2009; G. MOSS – I. F. FLETCHER – S- ISAACS, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A commentary and Annotated Guide*, 2a ed., Oxford University Press, 2009.

[28] Del resto, questa caratteristica, frutto della natura compromissoria del Regolamento 1346/2000, era del tutto evidente nelle intenzioni dei suoi redattori, come si evince dalla lettura della relazione di accompagnamento, secondo cui il Regolamento "*seeks to reconcile the advantages of the principle of universality and the necessary protection of local interests. This explains why a combined model has been adopted which permits local proceedings to coexist with the main universal proceedings"* (così M. VIRGÓS – E. SCHMIT, *Report on the Convention of Insolvency Proceedings,* 3 maggio 1996, Consiglio Europeo, doc. 6500/96, parr. 13 ss.).

esempio, alla gestione congiunta dell'attivo fallimentare, allo scambio di informazioni tra curatori, al riconoscimento delle posizioni creditorie nelle procedure straniere o all'esecuzione delle decisioni prese dalle corti estere.

Il senso della cooperazione in materia di insolvenza transfrontaliera, dunque, travalica il significato tradizionalmente attribuito a questa nozione nel contesto del diritto internazionale o del diritto internazionale privato, per assumere un'accezione più pregnante e specifica, tesa a fare riferimento a una ben precisa opzione normativa e, quindi, in ultima analisi a un obiettivo ben definito di politica del diritto. In questo senso, è possibile concludere la prima parte di questo contributo affermando che, dal punto di vista metodologico, ogni legislazione in materia di procedure di insolvenza transfrontaliera può essere analizzata nel prisma della cooperazione internazionale, al fine di verificare in che misura e con quali mezzi tale obiettivo viene perseguito e raggiunto.

2. Le forme della cooperazione nell'insolvenza transfrontaliera

2.1. La cooperazione giurisdizionale: il riconoscimento e l'esecuzione delle procedure straniere

La prima e più elementare forma di cooperazione nell'insolvenza transfrontaliera è rappresentata dal riconoscimento della procedura concorsuale aperta all'estero e dei poteri del curatore ad essa connessi[29]. Il riconoscimento della procedura straniera, in particolare, rappresenta per certi versi un vero e proprio presupposto di ordine logico – prima ancora che giuridico – alla cooperazione in materia di insolvenza transfrontaliera: infatti, qualora uno stato neanche riconosca una procedura di insolvenza aperta in un altro stato, qualunque altra forma di cooperazione nella gestione di quest'ultima viene esclusa *a priori*.

Il tema del riconoscimento della procedura principale rappresenta, inoltre, il banco di prova del paradigma dell'universalità limitata. Infatti, la definizione, all'interno di questo paradigma, delle condizioni che legittimano il riconoscimento di una procedura straniera indica il grado di cedimento di un ordinamento universalista a possibili spunti territorialisti (rappresentati dalle procedure straniere che vengono

[29] Le forme di cooperazione basate su meccanismi giurisdizionali rappresentano il fulcro dell'analisi di C. VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera,* Giuffrè, 2006.

riconosciute), di fronte alle quali si arresta la potestà giurisdizionale domestica.

La Legge Modello Uncitral e il Regolamento 1346/2000 hanno adottato due diversi approcci rispetto al tema del riconoscimento delle procedure concorsuali straniere.

In primo luogo, la Legge Modello prevede che il riconoscimento avvenga non automaticamente, bensì su istanza del rappresentante (*foreign representative*) (di solito il curatore[30]) della procedura straniera[31]. A seguito della proposizione di tale istanza, la corte richiesta è obbligata a riconoscere la procedura straniera, indipendentemente dalla circostanza che quest'ultima sia una procedura principale o secondaria[32]; la corte può tuttavia rifiutare il riconoscimento, qualora ritenga quest'ultimo contrario all'ordine pubblico interno[33].

Gli effetti che la Legge Modello Uncitral ricollega al riconoscimento dipendono dalla natura della procedura di insolvenza riconosciuta. In particolare, se si tratta di una procedura principale (a portata universale), dal riconoscimento di quest'ultima discendono automaticamente la sospensione o l'inammissibilità delle azioni individuali di cognizione[34] o esecutive[35] promosse contro il debitore, nonché il divieto in capo a quest'ultimo di compiere atti di disposizione dei propri beni[36]. Si tratta – come ognun vede – dei tipici effetti normalmente ricollegati alla proposizione di qualsiasi procedura di

[30] Ai sensi dell'art. 2(d) della Legge Modello Uncitral "'*Foreign representative" means a person or body, including one appointed on an interim basis, authorized in a foreign proceeding to administer the reorganization or the liquidation of the debtor's assets or affairs or to act as a representative of the foreign proceeding*".

[31] Cfr. l'art. 15 della Legge Modello Uncitral. Questa disposizione prevede come requisiti formali che l'istanza di riconoscimento sia accompagnata (se richiesto in traduzione) da (i) una copia del provvedimento di apertura della procedura e di nomina del suo rappresentante; (ii) un certificato proveniente dal giudice estero dichiarante la pendenza della procedura; ovvero (iii) di qualunque altro documento idoneo a dimostrare quanto ai punti (i) e (ii). Si richiede inoltre che rappresentate della procedura straniera dichiari tutte le procedure pendenti all'estero di cui è a conoscenza.

[32] Cfr. l'art. 17 della Legge Modello Uncitral.

[33] Cfr. l'art. 6 della Legge Modello Uncitral.

[34] Cfr. l'art. 20(1)(a) della Legge Modello Uncitral. Il successivo articolo 20(3) fa comunque salvo il diritto di proporre o continuare azioni finalizzate alla conservazione di una pretesa creditoria (p.es., la messa in mora del debitore notificata al fine di sospendere il decorso della prescrizione).

[35] Cfr. l'art. 20(1)(b) della Legge Modello Uncitral.

[36] Cfr. l'art. 20(1)(c) della Legge Modello Uncitral, che discorre di "*suspension of the debtor's right to transfer, encumber, or otherwise dispose of any assets"*.

insolvenza e finalizzati all'instaurazione a livello procedurale del regime concorsuale[37].

Se invece la procedura riconosciuta non è principale, la produzione dei suddetti effetti consegue a un provvedimento di natura discrezionale da parte del giudice dello stato che effettua il riconoscimento[38]. In questo modo, subordinando il riconoscimento della procedura non principale a una valutazione discrezionale dell'autorità giudiziaria, la Legge Modello Uncitral implicitamente garantisce la possibilità di aprire un'autonoma procedura di insolvenza all'interno del territorio dello stato che è stato richiesto del riconoscimento e attribuisce al giudice il potere di decidere, contemperando l'utilità derivante dal riconoscimento di una procedura straniera rispetto a quella derivante dall'apertura di un'autonoma procedura. Un'esplicita indicazione in questo senso proviene dall'art. 22 della Legge Modello Uncitral, il quale, in maniera alquanto generica, prevede che, nell'esercizio dei poteri discrezionali indicati sopra, "*the court must be satisfied that the interests of the creditors*[39] *and other interested persons, including the debtor, are adequately protected"* e che, a tal fine, il giudice può condizionare il riconoscimento al verificarsi di determinati eventi ovvero al compimento di particolari atti[40].

Infine, un ulteriore e distinto momento procedurale in cui assume rilevanza la valutazione discrezionale della autorità giuridiziaria riguarda la concessione di altri provvedimenti da parte del giudice dell'ordinamento che effettua il riconoscimento a supporto della procedura straniera. Il giudice potrà, in particolare, (i) assistere la corte straniera nella raccolta delle prove (escutendo testimoni e fornendo informazioni circa l'attività imprenditoriale del debitore fallito)[41]; (ii) affidare al curatore straniero la gestione o incaricare quest'ultimo della liquidazione del patrimonio del debitore localizzato nel territorio dello stato che ha effettuato il riconoscimento[42]; (iii) concedere ulteriori provvedimenti, anche di natura cautelare, disponibili ai sensi del diritto dello stato che effettua il riconoscimento[43].

[37] Cfr. gli artt. 44 e 51 della l. fall.

[38] Cfr. l'art. 21(1) della Legge Modello Uncitral.

[39] La *Guide to enactment of the Uncitral Model Law on Cross-border Insolvency*, cit., para. 163 avverte correttamente che i creditori, la tutela dei cui interessi deve orientare la decisione circa il riconoscimento della procedura secondaria straniera, sono sia quelli locali sia quelli stranieri.

[40] Cfr. l'art. 22(2) della Legge Modello Uncitral.

[41] Cfr. l'art. 21(1)(d) della Legge Modello Uncitral.

[42] Cfr. l'art. 21(1)(e) della Legge Modello Uncitral.

[43] Cfr. gli artt. 21(1)(f) e 21(1)(g) della Legge Modello Uncitral.

È proprio in relazione alla possibilità di emettere questi provvedimenti di carattere discrezionale che – nel contesto della Legge Modello Uncitral – si misura il grado di "apertura" dello stato che effettua il riconoscimento rispetto alla procedura di insolvenza transfrontaliera. Se, infatti, la sospensione delle azioni individuali contro il debitore e il divieto in capo a quest'ultimo di compiere atti di disposizione del proprio patrimonio rappresentano, per così dire, il nucleo minimo essenziale di qualunque procedura concorsuale (cosicché la loro mancata concessione equivarrebbe al sostanziale disconoscimento della procedura straniera), è proprio con riferimento alla possibilità di emettere provvedimenti come quelli sopra descritti, volti a favorire lo svolgimento della procedura straniera, che si realizza una forma più intensa di cooperazione giudiziaria tra ordinamenti, perché solo tramite essi lo stato che ha effettuato il riconoscimento mette di fatto a disposizione dello stato dinanzi al quale pende la procedura il proprio apparato giurisdizionale.

La Legge Modello Uncitral, pertanto, assegna un ampio margine di discrezionalità in capo al giudice del paese del riconoscimento in merito alla possibilità di svolgere – entro certi limiti – un valutazione bilanciata di interessi e di decidere in ogni caso se la procedura da riconoscere deve essere qualificata come principale (a portata universale) ovvero secondaria (a portata territoriale). La natura discrezionale del riconoscimento delle procedure fallimentari straniere viene, peraltro, spesso ricondotta alla nozione di *comity* del diritto anglo-americano[44]. In generale, infatti, il principio di *comity* impone al giudice di *common law* di rispettare (sotto il profilo assiologico dei valori tutelati, prima ancora che sotto quello giuridico) il diritto e le pronunce straniere suscettibili di applicazione extraterritoriale e – in quanto ciò non sia in contrasto con contrapposti e prevalenti principi domestici – di riconoscerle o di fornire assistenza affinché esse possano dispiegare i loro effetti nella giurisdizione straniera[45]. Del resto, il principio di *comity* trova un

[44] Cfr. sul punto A. BRIGGS, *The Principle of Comity in Private International Law,* in Receuil des Cours: Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2012, 65 ss. e in particolare, 171-180.

[45] Per alcune decisioni statunitensi che risolvono questioni di riconoscimento delle procedure fallimentari straniere facendo ricorso al principio di *comity* cfr. *In re* Maxwell Communication Corporation plc et al., 170 B.R. 800 (Bankr. S.D.N.Y. 1994); Stonington Partners Inc., v. Lernout &Hauspie Speech Products, 310 F.3d 118 (3d. Cir. 2002); *In re* United Pan-Europe Communications N.V., 2003 U.S. Dist. LEXIS 1297 (Bankr. S.D.N.Y. 2003), *aff'd* (S.D.N.Y. 2004); Stonington Partners Inc. v. Lernout & Hauspie Speech Products, 310 F.3d 118 (3d. Cir. 2002) e *In re* Yukos Oil Company, 321 B.R. 396, (Bankr. S.D.Tex. 2005). Nel contesto britannico, invece, cfr. *Credit Suisse Fides*

esplicito riconoscimento nel diritto positivo statunitense che recepisce la Legge Modello Uncitral: la *section* 1507 dello U.S. Bankruptcy Code prevede espressamente che il giudice fallimentare possa concedere assistenza ai rappresentanti della procedura straniera "*consistent with the principles of comity*"[46].

Per contro il modello di cooperazione disegnato dal Regolamento 1346/2000 riduce – o addirittura annulla – i momenti dominati dalla valutazione discrezionale del giudice[47], come emerge immediatamente dalla lettura del considerando 22, che riassume l'impostazione seguita nel testo europeo: secondo il suddetto considerando, il Regolamento, infatti, "*dovrebbe prevede l'immediato riconoscimento delle decisioni relative all'apertura, allo svolgimento e alla chiusura di una procedura di insolvenza che rientra nel suo ambito d'applicazione, nonché delle decisioni strettamente collegate con detta procedura di insolvenza. Il riconoscimento automatico dovrebbe pertanto avere per conseguenza che gli effetti che il diritto dello Stato di apertura della procedura comporta per la stesse si estendono ai rimanenti Stati membri. Il riconoscimento delle decisioni pronunciate dai giudice degli Stati membri dovrebbe poggiare sul principio di fiducia reciproca. A tale riguardo i motivi del mancato riconoscimento dovrebbero essere ridotti al minimo necessario. Si dovrebbe risolvere secondo tale principio anche il conflitto che insorge quando i giudici di due Stati membri si ritengono competenti ad aprire una procedura principale di insolvenza. La decisione del giudice che apre per primo la procedura dovrebbe essere riconosciuta negli altri Stati membri, senza che questi ultimi abbiano la facoltà di sottoporre a valutazione la decisione del primo giudice"*.

In primo luogo, il suddetto considerando chiarisce che il riconoscimento deve essere automatico: tale principio viene tradotto in norma dall'art. 16 del Regolamento 1346/2000, secondo cui "*la decisione di apertura della procedura di insolvenza da parte di un giudice di un Stato membro, competente in virtù dell'art. 3, è riconosciuta in tutti gli altri*

Trust v Cuoghi [1998] QB 818, 827, (Millett LJ); *Re Paramount Airways* (No. 2) [1993] Ch. 223; *Rubin v. Eurofinance SA* [2011] 2 W.L.R. 121.

[46] Cfr. 11 U.S.C. §1507(b) che recepisce l'articolo 7 della Legge Modello Uncitral. Cfr., inoltre, con riferimento ai criteri per affermare la giurisdizione domestica in materia fallimentare, 28 U.S.C. § 1334(c) secondo cui " *a district court in the interest of justice, or in the* interest of comity with State *courts or respect for State law, [may] abstain from hearing a particular proceeding arising under title 11 or arising in or related to a case under title 11*" (i procedimenti *under title 11* sono quelli in materia fallimentare),

[47] Cfr. sul punto E. RICCI, *Il riconoscimento delle procedure di insolvenza secondo il regolamento CE n. 1346/2000,* cit., 403 ss.

Stati membri non appena essa produce effetto nello Stato in cui la procedura è aperta".

La previsione del riconoscimento automatico delle decisioni civili e commerciali, senza la mediazione di un provvedimento di *exequatur*, costituisce uno degli aspetti maggiormente distintivi dello spazio giudiziario europeo[48]. In forza di tale previsione chiunque può far valere gli effetti della dichiarazione di insolvenza resa in uno stato straniero, anche in assenza di un provvedimento di *exequatur* (che, come si è visto in precedenza, la Legge Modello Uncitral consente solo al curatore della procedura straniera la possibilità di richiedere).

In applicazione del principio di fiducia reciproca, lo stato richiesto può rifiutare il riconoscimento solo per contrarietà all'ordine pubblico (art. 26): in particolare, non costituiscono validi motivi di rifiuto né la circostanza che il debitore non potrebbe essere assoggettato a procedure di insolvenza nell'ordinamento richiesto (art. 16), né soprattutto – per quanto qui rileva – la circostanza che il provvedimento sia stato emesso da uno stato privo di giurisdizione (arg. *ex* artt. 3 e 16). Infatti, di converso, l'art. 3(2) del Regolamento 1346/2000 prevede che, se uno stato afferma la propria giurisdizione ad aprire una procedura principale a carattere universale, gli altri stati possono solo assoggettare il debitore a procedure secondarie a carattere territoriale, senza la possibilità di contestare in alcun modo la giurisdizione (auto)affermata in capo al primo stato.

L'impossibilità di esercitare un controllo sulla giurisdizione affermata dallo stato di apertura della procedura è stata peraltro ribadita dalla giurisprudenza comunitaria a partire dalla celebre decisione *Eurofood*[49], nella quale la Corte di Giustizia ha chiarito che la sentenza straniera di apertura della procedura è soggetta solamente ai mezzi di impugnazione previsti nel suo ordinamento. Questa conclusione sarebbe, secondo la Corte di Giustizia, direttamente derivabile dal "*principio*

[48] Il principio del riconoscimento automatico si ritrova negli artt. 32 ss del Regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000 concernente il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Sul punto cfr. *ex multis* S. BARIATTI, *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione Europea al titolo IV del Trattato CE,* in Dir. Un. Eur., 2001, 261 ss.; O. LOPES PEGNA, *Il nuovo procedimento per l'esecuione delle decisioni in materia civile e commerciale negli Stati membri della Comunità Europea*, in Riv. Dir. Int., 2001, 621 ss.; S. M. CARBONE, *Base giuridica e i cirtieri interpretative delle norme comunitario nello spazio giuridico europeo*, in Cont. Impr./Eur., 2003, 183 ss.; ID., *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al regolamento CE n. 805/2004,* Giappichelli, 2006.

[49] Cfr. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 2 maggio 2006, C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd.*

della fiducia reciproca [che] *esige che i giudici degli altri Stati membri riconoscano la decisione di apertura di una procedura di insolvenza principale, senza poter controllare la valutazione effettuata dal primo giudice relativamente alla propria competenza"*[50].

In questo senso, nella lettura della Corte di Giustizia l'obbligo di automatico riconoscimento della decisione straniera assurge addirittura a criterio di risoluzione dei conflitti positivi di giurisdizione e consente allo Stato adito per secondo di aprire solo una procedura secondaria, anche in caso di erronea affermazione della giurisdizione da parte del primo stato ad aprire una procedura principale. Le conseguenze di questa impostazione appaiono particolarmente impegnative anche in relazione al fatto che l'art. 17 prevede che la decisione di apertura di una procedura principale universale "*produce in ogni altro Stato membro, senza altra formalità, gli effetti previsti dalla legge dello Stato di apertura, salvo disposizione contraria del presente regolamento, e fintantoché in tale altro Stato membro non sia aperta altra procedura*" secondaria. Tale norma costituisce "*un'affermazione particolarmente vigorosa dell'universalità del procedimento principale*"[51], dal momento che consente di applicare le regole del procedimento principale anche al di fuori dello stato nel quale esso pende.

Da questa ricostruzione del dato normativo – sommaria e senza pretese di completezza – emerge come il principio di fiducia reciproca (con i suoi corollari operativi in tema di riconoscimento automatico delle procedure straniere, risoluzione dei conflitti positivi di giurisdizione in base al criterio di prevenzione e determinazione del diritto applicabile) assolva ad una vera e propria funzione ordinante nella regolamentazione europea della materia fallimentare transfrontaliera e costituisca il tratto distintivo del Regolamento 1346/2000, soprattutto se confrontato con la Legge Modello Uncitral. Tale funzione ordinante è, a sua volta, espressiva dell'istanza di coordinamento tra procedure pendenti in stati diversi secondo il modello dell'universalità modificata in senso cooperativo e, dunque, in ultima analisi, di un'esigenza di cooperazione internazionale nella materia fallimentare.

Sembra dunque corretto affermare che il Regolamento 1346/2000 ha scelto di incanalare l'istanza cooperativa in un assetto di regole e procedure piuttosto rigide, che eliminano pressoché ogni ambito di discrezionalità in capo all'autorità richiesta del riconoscimento.

[50] *Ibid.*, para. 42

[51] Cfr. P. DE CESARI - G. MONTELLA, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria. Commentario articolo per articolo del Regolamento CE n. 1346/2000*, cit., 191.

2.2. Lo scambio di informazione e la comunicazione tra curatori

L'efficacia dell'azione degli organi fallimentare dipende in buona misura dalla possibilità di ricostruire un quadro il più possibile completo delle attività del fallito e della sua situazione debitoria. Nel contesto dei paradigmi normativi "ibridi" di gestione dell'insolvenza transfrontaliera inevitabile coesistenza di procedure parallele presenta il rischio di duplicazione delle attività (e dei relativi costi) volte ad acquisire il bagaglio informativo relativo allo stato patrimoniale del debitore, nonché il rischio relativo ai possibili conflitti tra le varie procedure coinvolte derivante dall'acquisizione di informazioni contrastanti.

Al fine di minimizzare questi rischi, uno strumento particolarmente importante e delicato è rappresentato dalla possibilità per i curatori delle differenti procedure concorsuali relative al medesimo debitore di scambiarsi tra loro informazioni. Dal punto di vista economico, infatti, la condivisione del patrimonio informativo può rappresentare, infatti, un'esternalità positiva di particolare importanza. L'aspetto maggiormente problematico dello scambio di informazioni è però rappresentato dall'eventuale divieto ai sensi delle *leges concursus* applicabili di rivelare informazioni segrete o privilegiate.

È chiaro dunque che la materia della condivisione delle informazioni tra le diverse procedure di insolvenza si presta difficilmente a una regolamentazione rigorosa per quanto riguarda sia le categorie di informazioni che devono essere scambiate sia le modalità in cui lo scambio deve avvenire.

Sia la Legge Modello Uncitral[52] sia il Regolamento 1346/2000[53] pongono a carico dei curatori l'obbligo di scambio reciproco di informazioni, senza però definirne nel dettaglio il contenuto[54].

La relazione di accompagnamento del Regolamento 1346/2000 elenca in via indicativa come oggetto dell'obbligo previsto dall'art. 31 le informazioni relative a: i beni del debitore; le azioni programmate o intraprese per recuperare cespiti patrimoniali o ottenere pagamenti dovuti; la liquidazione dei beni; la formazione dello stato passivo; l'ordine di pagamento dei creditori; le misure di riorganizzazione programmate; le transazioni proposte; il pagamento dei riparti; e lo stato di avanzamento del procediment[55].

[52] Cfr. l'art. 27(1)(b) della Legge Modello Uncitral.

[53] Cfr. l'art 31 del Regolamento 1346/2000.

[54] Cfr. F. DIALTI, *Cooperazione tra curatori e Corti in diritto internazionale fallimentare: un'analisi comparata,* in Diritto fall*.,* 2005, 1010 ss.

[55] Cfr. M. VIRGÓS – E. SCHMIT, *Report on the Convention of Insolvency*

Né la Legge Modello Uncitral né il Regolamento 1346/2000 disciplinano le conseguenze del mancato rispetto da parte dei curatori dell'obbligo di comunicazione. È da ritenersi in via interpretativa che l'inadempimento di tale obbligo possa essere assistito quanto meno dalla tutela risarcitoria che normalmente spetta al soggetto (creditore, debitore o terzo) danneggiato dalla *mala gestio* del curatore in base alla *lex concursus* applicabile[56].

Una possibile variante allo scambio diretto di informazioni tra curatori è indicata dall'art. 27(1)(a) della Legge Modello Uncitral che consente la nomina di un soggetto diverso dal curatore incaricato di coordinare lo svolgimento delle varie procedure, facendo da vettore per lo scambio reciproco di informazioni.

Un'ulteriore variante prevista dalla Legge Modello Uncitral[57], ma non dal Regolamento 1346/2000, consiste nella possibilità per i giudici fallimentari di scambiarsi direttamente informazioni rilevanti, senza passare per il tramite dei curatori o di soggetti all'uopo designati.

2.3. I protocolli di cooperazione tra corti e curatori fallimentari

Lo scambio di informazioni tra curatori di procedure diverse rappresenta un'importante modalità di cooperazione nella gestione delle procedure di insolvenza transfrontaliera, anche se non necessariamente la più avanzata. Infatti, attraverso lo scambio di informazioni si ottiene il risultato di livellare il bagaglio informativo a disposizione delle procedure, ma non si consegue automaticamente il risultato di integrare queste ultime come in un'unica procedura a carattere universale.

Tale risultato può invece essere perseguito in via convenzionale attraverso una forma più intensa di cooperazione, rappresentata dagli accordi (protocolli) tra curatori fallimentari, con i quali questi ultimi disciplinano i potenziali conflitti procedurali e di diritto sostanziale relativi alle procedure di insolvenza transfrontaliera, facilitandone la risoluzione mediante la cooperazione tra procedure[58].

Proceedings, designated for the delegation of the Member States, cit., par. 229.

[56] Nel nostro ordinamento cfr. l'art. 38 l. fall.

[57] Cfr. l'art. 27(1)(b) della Legge Modello Uncitral.

[58] Sull'uso dei protocolli in materia fallimentare cfr. B. WESSELS- B.A. MARKELL – J.J. KILBORN, *International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters,*Oxford University Press, 2009, 49 ss.; M. WITTINGHOFER, *Der Nationale und International Insolvenvezverwaltungsvertrag: Koordination Paralleler Insolvenzverfahren durch Ad Hoc-Vereinbarungen,* Gieseking Verlad, 2004.

La possibilità di stipulare accordi tra curatori fallimentari di procedure diverse è stata sviluppata nella prassi commerciale internazionale e ha finora ricevuto poca attenzione da parte dei legislatori nazionali. Il primo protocollo in materia di insolvenza transfrontaliera dell'era moderna è stato probabilmente quello stipulato nel 1991 dai curatori fallimentari statunitensi e britannici del gruppo *Maxwell*[59]. In questo caso, il medesimo debitore era stato assoggettato a due procedure fallimentari parallele a portata universale aperte presso le corti di New York e di Londra, tra le quali era insorto un insanabile conflitto positivo di giurisdizione relativamente a determinati cespiti patrimoniali che entrambe le procedure volevano annettere al proprio attivo. Il conflitto non si era limitato, peraltro, al mero rifiuto di riconoscere l'efficacia extraterritoriale della procedura straniera, ma era sfociato in provvedimenti di carattere penale nei confronti dei curatori esteri.

Il protocollo di cooperazione, stipulato dai curatori delle due procedure e autorizzato dai rispettivi tribunali, servì a comporre questo conflitto, mediante la previsione di obblighi informali di cooperazione e informazione: in pratica, convenute le linee guida per la conduzione delle procedure fallimentari, i curatori accettarono di procedere, per così dire, parallelamente, al fine di conseguire gli obiettivi individuati di comune accordo; inoltre, essi convennero l'obbligo di cercare il consenso dei rappresentati dell'altra procedura per ogni atto di disposizione di particolare rilevo e riconobbero l'autorità della controparte in base al diritto domestico. Insomma, mediante un accordo di incerta efficacia giuridica e certamente non riconducibile a un determinato tipo contrattuale, i curatori delle due procedure hanno finito per risolvere alcuni dei classici problemi dell'insolvenza transfrontaliera, *in primiis*, quello del coordinamento di procedimenti paralleli relativi al medesimo debitore.

Il caso *Maxwell* ha aperto la strada al ricorso ai protocolli come modalità di cooperazione transfrontaliera in materia fallimentare. A partire da questo celebre caso, il numero di protocolli è andato molto

[59] Per una descrizione del caso *Maxwell* cfr. E. D. FLASCHEN, *How the Maxwell Sausage was Made*, in INSOL World, 2007, 34 ss.; E.D. FlASCHEN – R. J. SILBERMAN, *Cross-Border Insolvency Cooperation Protocols*, in Tex. Int'l L. J., 1998, 587 ss.; E. D. FLASCHEN - R.J. SILBERMAN, *The Role of the Examiner as Facilitator and Harmonizer in the Maxwell Communications Corporation International Insolvency,* in E. BRUCE LEONARD (cur.), *Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law*, Oxford University Press, 1995, 621 ss.; J. L. WESTBROOK, *The Lessons of Maxwell Communications,* Fordham L. Rev., 1996, 2531; J. A.E. POTTOW, *The Maxwell Case*, in R. RASMUSSEN (cur.), *Bankruptcy Law Stories*, Foundation Press, 2007, 222 ss.

crescendo, soprattutto nei procedimenti che vedono coinvolti Stati Uniti, Canada e Regno Unito. La prassi ha addirittura portato all'elaborazione di protocolli-tipo e ha finito per standardizzare determinate clausole ricorrenti, tanto che molti di questi protocolli hanno un contenuto ripetitivo[60]. Da ultimo, nei casi relativi ai fallimenti di *Lehman Brothers* e *Madoff* sono stati stipulati protocolli di grande complessità, il cui contenuto affronta anche questioni di carattere sostanziale (per esempio, le modalità di compensazione dei crediti infragruppo derivanti da posizioni finanziarie non ancora chiuse al momento della dichiarazione di fallimento).

Sebbene molto più limitato sotto il profilo quantitativo e meno complesso sotto quello qualitativo, il ricorso ai protocolli di cooperazione in materia fallimentare è riscontrabile anche in certe giurisdizioni di *civil law* continentali[61].

I contenuti dei protocolli possono essere molto eterogenei e riflettono normalmente gli obiettivi perseguiti mediante la loro stipulazione. Questi ultimi variano dalla identificazione del diritto applicabile a determinate questioni potenzialmente controverse, alla gestione e all'amministrazione della procedura, al chiarimento delle

[60] Per esempio i seguenti protocolli seguono quello adotatto nel caso *Loewen*: *In re* Philip Services Corp., Philp Services (Delaware), Inc., Case no. 99-B-02385 (Bankr. D. Del. 1999) (Delaware – Ontario); *In re* Matlack Systems, Inc., Case No. 01-01114 (Bankr. D. Del. 2001) (Delaware – Ontario); *In re* PSINet Inc., Case No. 01-13213 (Bankr. S.D.N.Y. 2001) (New York – Ontario); *In re* Laidlaw USA, Inc. et al., Case Nos 01-14099K through 01-14104K (Bankr. W.D.N.Y. 2001) (New York – Ontario); *In re* 360Networks Inc., Case No. 01- 13721, (Bankr. S.D.N.Y. 2001) (New York – British Columbia); *In re* Pioneer Companies, Case No. 01-38259 (Bankr. S.D. Tex. 2001) (Texas – Quebec); *In re* Financial Assets Management Foundation, Case No. 01-03640-304 (Bankr. S.D. Cal.) (California - British Columbia); *In re* Mosaic Group, Case No. 02-81440 (Bankr. N.D.Tex. 2002) (Texas – Ontario); *In re* Calpine, Case No. 05-60200 (Bankr. S.D.N.Y. 2005) (New York – Alberta); *In re* Pope Talbot Inc., Case No. Case No. 07-11740 (Bankr. D.Del. 2008) (Delaware – Ontario); *In re* Quebecor World Inc., Case No. 08-10152 (Bankr. S.D.N.Y. 2008) (New York – 2008); *In re* Progressive Moulded Products Limited, (Bankr. D.Del. 2008) (Delaware – Ontario); *In re* Nortel Networks Inc., Case No. 09-10138 (Bankr. D.Del. 2009) (Delaware – Ontario); *In re* Smurfit-Stone Container Corp., Case No. 09-10235 (Bankr. D.Del. 2009) (Delaware – Ontario); *In re* Masonite International Inc., Case No. 09-10844 (Bankr. D.Del. 2009) (Delaware – Ontario); *In re* Eddie Bauer Holding, case No. 09-12099 (Bankr. D.Del. 2009) (Delaware – Ontario); *In re* Barzel Industries Inc., Case No. 09-13204 (Bankr. D.Del. 2009) (Delaware – Ontario); *In re* Nortel Networks Corp, Case No. 09-10138 (Bankr. D.Del. 2009) (Delaware – Ontario); *In re* Abitibibowater Inc., Case No. 09-11296 (Bankr. D.Del. 2009) (Delaware – Quebec). I protocolli citati sono disponibili sul sito www.iiiglobal.org [ultima consultazione in data 2 febbraio 2013].

[61] Cfr. B. WESSELS, *Judicial Cooperation in Cross-Border Insolvency Cases,* Kluwer, 2008; Uncitral, *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation,* 115-40, disponibile su *www.uncitral.org* [ultima consultazione in data 2 febbraio 2013].

aspettative delle parti, al prevenire l'insorgere di conflitti giurisdizionali, e alla promozione del reciproco rispetto per l'indipendenza e l'integrità delle corti fallimentari.

Con riferimento agli aspetti procedurali spesso i protocolli affrontano il tema della ripartizione delle sfere di giurisdizione delle procedure coinvolte. Normalmente l'obiettivo di sanare conflitti (positivi o negativi) di giurisdizione viene perseguito in via mediata e indiretta, mediante, per esempio, il riconoscimento dell'autorità e della legittimazione a comparire in giudizio della controparte, dal quale deriva una sorta di informale riconoscimento della procedura straniera. Nei casi più estremi, però, nei protocolli può essere concordato che determinati cespiti di attivo patrimoniale saranno di competenza di una determinata procedura, con conseguente rinuncia a ogni pretesa nei confronti di questi cespiti da parte della controparte.

Talora – anche se più raramente – anche aspetti di diritto sostanziale sono fatti oggetto di un accordo formalizzato in un protocollo. Per esempio, può accadere che i curatori delle procedure dispongano delle proprie situazioni giuridiche o si dividano i compiti di gestione della procedura di insolvenza (per esempio, riconoscendo che un certo creditore sarà soddisfatto a spese di una sola delle procedure coinvolte).

Se, dunque, i protocolli assolvono spesso a un ruolo di supplenza, stabilendo meccanismi di coordinamento delle procedure di insolvenza transfrontaliere ulteriori e diversi rispetto a quelli previsti dal diritto applicabile, è però interessante anche notare come il ricorso ai protocolli si è sviluppato nella sostanziale indifferenza da parte del legislatore.

La Legge Modello Uncitral, pur prevedendo espressamente la possibilità di stipulare gli accordi in esame all'articolo 27(1)(d), non ne disciplina in alcun modo contenuto e limiti. Il Regolamento 1346/2000 non contiene invece, una norma analoga a quella contenuta nella Legge Modello Uncitral, limitandosi a prevedere al suo art. 31 in maniera alquanto generica che, "*fatte salve le norme applicabili a ciascuna procedura, il curatore della procedura principale e i curatori delle procedure secondarie hanno il dovere della cooperazione reciproca"*. Alcuni commentatori hanno ritenuto di poter individuare nell'art. 31 del Regolamento 1346/2000 la base giuridica che autorizzerebbe i curatori a stipulare tra loro accordi sul modello di quelli menzionati dalla Legge Modello Uncitral[62].

[62] Cfr. B. WESSELS – B. A. MARKELL – J. KILBORN, *International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters,* cit. Secondo altri autori lo strumento del protocollo potrebbe addirittura essere utilizzato nel contesto europeo per risolvere in via negoziale i problemi di identificazione del COMI e dunque della giurisdizione titolare del potere di

Tale possibilità deve comunque confrontarsi con i limiti derivanti dall'applicazione della *lex concursus* nazionale che regola i poteri del curatore. Da un lato, non sembra che possano sussistere dubbi in merito alla legittimità di accordi con i quali i curatori stabiliscono nel dettaglio come ottemperare a obblighi già posti in via generica dalla legge (*in primis,* l'obbligo di comunicazione reciproca). Inoltre, non dovrebbero sorgere dubbi in merito alla legittimità di stipulazioni aventi natura meramente ricognitiva di obblighi legali (per esempio, quelle con le quali un curatore riconosce di non avere il potere di esperire una determinata azione, per la quale legittimato esclusivo è un altro curatore).

Maggiori perplessità, almeno nell'ordinamento italiano, sorgono con riferimento alla possibilità stipulare negozi dispositivi di beni o diritti appartenenti all'asse fallimentare. Nel nostro ordinamento infatti il curatore è dotato di limitati poteri di disposizione che devono essere sempre esercitati nel migliore interesse dei creditori e sotto il vaglio continuo del giudice fallimentare e del comitato dei creditori: al di fuori delle limitate ipotesi previste dalla legge, sembra dunque che la stipulazione di un accordo avente carattere dispositivo risulterebbe illegittima nella misura in cui tale accordo sarebbe idoneo a produrre un pregiudizio ai creditori.

3. Conclusioni

Lo spazio a disposizione non consente di approfondire ulteriormente altre forme di cooperazione nelle procedure di insolvenza transfrontaliera (che, però, senz'altro esistono: si pensi semplicemente alla cooperazione tra autorità di supervisione degli intermediari vigilati nella disciplina europea sulle crisi bancarie, recepita nell'ordinamento italiano dall'art. 95-*quater* del Testo Unico Bancario). Il discorso fin qui condotto dovrebbe però consentire di trarre qualche conclusione.

In primo luogo, dovrebbe essere chiaro che la generale tendenza degli ordinamenti in materia di insolvenza transfrontaliera è nel senso dell'abbandono dei modelli tradizionali "puri", espressione di un approccio monadico e unilaterale, per l'adozione di nuovi paradigmi normativi nei quali, ammettendosi che il medesimo debitore possa essere

aprire la procedura principale: cfr. in questo senso S. P. JOHNSTON – J. HAN, *A Proposal for Party-Determined COMI in Cross-Border Insolvencies of Multinational Corporate Groups*, in Norton J. Bankr. L. & Prac., 2007, 811 ss.

assoggettato a una pluralità di procedimenti paralleli, sono previsti meccanismi di cooperazione e coordinamento, al fine di massimizzare i risultati delle procedure e di ridurne al minimo i costi.

In secondo luogo, si è visto come tali meccanismi di cooperazione e coordinamento possano assumere tratti molto diversi tra loro.

Da un lato, si fa riferimento ai tradizionali meccanismi giurisdizionali del riconoscimento e dell'esecuzione delle procedure straniere, distinguendo queste ultime in principali e secondarie in funzione degli effetti che conseguono dalla loro apertura. Anche questi meccanismi giurisdizionali, peraltro, possono essere declinati in modi diversi: si è visto, così, che, mentre il Regolamento 1346/2000 ha formalizzato un sistema tutto basato su regole di riconoscimento automatico e improntato al principio di fiducia reciproca, nella Legge Modello Uncitral residuano margini di discrezionalità in capo all'autorità giurisdizionale richiesta del riconoscimento.

Dall'altro lato, si è cercato di dimostrare che i meccanismi giurisdizionali sopra descritti non esauriscono le modalità con le quali può avvenire il coordinamento tra procedure di insolvenza transfrontaliere e la cooperazione tra gli organi di queste. La prassi del commercio internazionale ha, infatti, elaborato strumenti informali (quali i meccanismi di scambio di informazione e i protocolli) ai quali ricorrono i curatori delle procedure di insolvenza per risolvere problemi di diversa natura e intensità derivanti dai conflitti di giurisdizione relativi alle procedure parallele. Questi strumenti informali agiscono normalmente in via suppletiva rispetto all'ordinamento legale, colmando i vuoti lasciati da quest'ultimo; nelle ipotesi più estreme, però, essi finiscono per superare l'ordinamento stesso, concretizzandosi in deroghe convenzionali a quest'ultimo.

SESSIONE CONCLUSIVA

GLI EFFETTI DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA SUL DIRITTO PROCESSUALE NAZIONALE

I DIRITTI PROCESSUALI NAZIONALI A VENT'ANNI DA MAASTRICHT: INTRODUZIONE

Claudio CONSOLO·

1.- Ringrazio la Società italiana di Diritto Internazionale e il suo Presidente per avermi affidato la presidenza di questa sessione, con relatori così significativi. Mi limiterò, pertanto, a qualche breve considerazione introduttiva, al modo di una premessa comune a quanto sentiremo dire tra poco dai relatori, ciascuno rivolto alla analisi di una diversa faccia di un tema poliedrico ma unitario – il rapporto tra il diritto UE, le pronunce delle Corti e i diritti processuali nazionali – e riservandomi magari di provare a tirare le fila alla fine, se ve ne sarà la occasione, e dopo avere ascoltato tutte le relazioni, che si preannunciano ricche di spunti. L'intero convengo si annunciava e si è venuto caratterizzando per l'esigenza, infatti, che il grande tema della integrazione europea sia oggi vagliato nel "cono d'ombra" della prima grande crisi economica, che si pensava inizialmente dovesse essere generale oltre che globale, ma che si è visto alla fine investire più da vicino il modello di non-sviluppo economico, e di soverchia complicazione istituzionale e anche giuridica, quasi solo della nostra vecchia Europa.

Le sollecitazioni frequenti e complesse provenienti dai rapporti e dagli affari transfrontalieri, tutti quelli di un certo rilievo almeno economico ormai lo sono, esigono non più solo un avvicinamento ma una intima integrazione, più o meno selettiva, degli ordinamenti giuridici anche per gli aspetti processuali. Secondo una scala di intensità crescenti, che specialmente in ambiti sopranazionali "di tipo nuovo", ora come allora (*Van Gend en Loos*) si accompagnano a manifestazioni di coesione politico-istituzionale. Ed essa o cresce linearmente o attizza un periglioso caos. Moti storici di tale difficoltà e portata sarebbero agevolati e corroborati non poco dalla comunanza delle matrici ideologiche e culturali tra gli Stati, ma esse sono solo parzialmente rinvenibili nell'ormai amplissimo "spazio giuridico europeo" a 27 (in crescita, crisi permettendo).

· Ordinario di Diritto processuale civile, L'Università degli studi di Padova.

L'origine dell'UE, anche nel suo presente così travagliato, ne offre per molti versi una dimostrazione e disegna ora un gradino più elevato che si tratterebbe di salire. Inutile nascondere, però, che anche i legami più saldi e faticosamente raggiunti (tali definirei però solo quello dell'Europa a sei, o al più a nove) possono essere messi a dura prova, talvolta. Non si rischia di divagare se si adduce l'esempio, del resto sotto gli occhi di tutti, di quanto viene avvenendo in relazione alla vicenda dei contratti "derivati", ossia di quei modelli contrattuali "alieni", coniati e continuamente implementati dalla finanza globalizzata (e perciò astatuale) poco decifrabili o non decifrati appieno (salvo dagli "stregoni" che ne sono artefici specialisti). Siffatti contratti sembrano aver esercitato un fascino irresistibile sugli enti pubblici di mezza Europa (non solo italiani, ma anche francesi, tedeschi, norvegesi, etc.), almeno fino all'autunno del 2008. Dopodiché si è assistito, per così dire, ad un drastico mutamento nelle posizioni debitorie e creditorie di banche d'affari proponenti ed enti pubblici sottoscrittori, trovandosi questi ultimi improvvisamente gravati da prestazioni onerosissime. Ne è sortita una nutrita *litigation*, in molti casi radicata presso la giurisdizione inglese, cui tutti quei contratti rinviano. Ma con vari tentativi di evaderla o doppiarla (v. esemplarmente Cass., Sez. un., 27 febbraio 2012, n. 2926). Perché prima ancora della legge applicabile al merito della lite, è la scelta della giurisdizione a poter risultare determinante per l'esito della controversia (v., per ulteriori considerazioni, *Corr. giur*., 2011, 1065 ss., in nota alla sent. del 12 maggio 2011, *Berliner VB c. JPMorgan* della Corte di Giustizia, prontamente investita della questione attinente il perimetro dell'art. 22, n. 2, Reg. 44/2001, ossia della norma che prevede la giurisdizione escluisva del foro della sede delle persone giuridiche, nelle liti aventi ad oggetto la validità delle decisioni dei rispettivi organi, che non si presta ad abbracciare le liti contrattuali nelle quali pur venga in rilievo, ma quale appunto una questione preliminare di merito, la capacità di uno dei contraenti espressa da una delibera invalida e che sia stata impugnata; in specie la società coinvolta era l'azienda pubblica dei trasporti berlinese).

Prevedo che questi casi, che poi attengono ai c.d. vizi incompleti del contratto ed alla violazione dei doveri di protezione, assai diversamente concepiti, ove non ignoti, da un ordinamento all'altro, e che si risolvono così in un germinaio di incomprensioni, testeranno a fondo il significato della clausola della "mutua fiducia", tanto declamata (spesso in ambienti lontani dalla pratica giudiziaria e dei processi transnazionali), finora stagliata in un'aura quasi mitica in realtà. Del pari il dogma della equivalenza tra gli ordinamenti processuali degli Stati membri. Tutto ciò alla vigilia della entrata in vigore del nuovo Regolamento 1215/2012, c.d.

"Bruxelles I-*bis*", che ha risolto d'abolire l'*exequatur* delle decisioni a partire dal 2015, data della sua applicazione effettiva, quanto mai opportunamente dilazionata. Per tacere del fatto che ipotetiche azioni future magari coltivate in prevenzione da parte di enti locali o privati proprio allo scopo di radicare la litispendenza nel foro della loro sede o residenza, non sortiranno comunque l'effetto sperato di sottrarre la lite dalla giurisdizione del *forum prorogatum*: dopo il 2015 sarà pur sempre quest'ultimo giudice, infatti, anche se adito per secondo, che dovrà prioritariamente pronunziarsi sulla propria competenza giurisdizionale in forza dell'accordo di proroga del foro a mente del nuovo art. 31, cpv., Reg. 1215/2012.

Sarebbe ingenuo negare che affiorino ancor oggi, in Europa, e chiudo subito un'altra parentesi (ma tante altre ancora se ne potrebbero, volendo, aprire), degli scogli legati ai particolarismi e alle resistenze in cui è dato imbattersi quando si è alle prese con certi sistemi processuali nazionali. Talora, si scoprono anzi vere e proprie "isole" di arretratezza valoriale, che proprio sulla linea di un orizzonte sopranazionale, che detta certi standard minimi di protezione delle parti, possono emergere e delinearsi più nitidamente. Come sono infatti emerse, in alcuni casi transnazionali emblematici portati all'attenzione della Corte di Giustizia perché tutti relativi a prospettate violazioni dell'ordine pubblico processuale europeo, e così ad un motivo ostativo al riconoscimento e alla circolazione comunitaria delle decisioni degli Stati membri (casi *Krombach*, *Gambazzi* e, da ultimo, *Trade Agency*, in *Int'l lis*, 2012, 171 ss.), che spiccano per il loro contrasto con quel nucleo di valori appartenente alla tradizione processuale continentale e ad un tipo di sensibilità giuridiche comuni che fanno capo ai principii dell'equo processo di effettiva cognizione del merito.

Quella cui ho appena accennato è la molla che deve o dovrebbe alimentare l'interesse del Legislatore comunitario, e talora suscitare anche qualche intervento politicamente più "coraggioso", come ad esempio mettere in guardia parti pubbliche e private su oneri e conseguenze dell'affrontare, o del dover subire (perché la scelta del foro straniero non fu adeguatamente, o lo fu solo a cuor leggero, soppesata), un processo in questa o in quella giurisdizione.

Il Legislatore UE, sin da quando ha acquisito una specifica competenza in materia, ha guardato alle discipline processuali nazionali come ad ingranaggi il cui funzionamento può necessitare di interventi additivi, calati all'occorrenza dall'alto, ove di per sé stesse quelle discipline non appaiano idonee a consentire a cittadini e imprese, coinvolte nelle controversie *cross-border*, di godere di una tutela giurisdizionale "effettiva",

per usare un termine che ha un precipuo addentellato tra i principii fondamentali dell'ordinamento comunitario e che designa un dovere ben preciso in capo agli Stati membri (artt. 19 TfUE e 47 Carta di Nizza). Altro e distinto problema è invece quello dell'idoneità dei diritti processuali nazionali a conservare l'effetto utile delle norme di diritto comunitario sostanziale, consentendo al singolo, la cui posizione giuridica soggettiva discenda dal diritto europeo, di far valere il proprio diritto senza subire soverchie restrizioni o *chicane* procedurali che ridondino in ostacolo all'attuazione dell'ordinamento comunitario.

2.- Delle quattro tappe dell'evoluzione del diritto processuale europeo, ciascuna corrispondente a una pietra miliare nel cammino dell'integrazione e della cooperazione in materia di giustizia, la prima risale al 1957, col Trattato di Roma. Il germe della cooperazione giudiziaria tra gli Stati fondatori della CEE era ivi contenuto nell'art. 220, vera e propria *Grundnorm* evocativa del classico modo pattizio di produzione del diritto internazionale, ma che innovativamente additava ai "cittadini" quali ai suoi beneficiari diretti. Il Trattato affidava agli stessi Stati membri l'avvio di negoziati atti a promuovere il reciproco riconoscimento delle loro sentenze. "Statali e arbitrali", recitava per l'esattezza la norma, gettando così le basi anche per quella Convenzione di Ginevra del 1961, sull'arbitrato commerciale internazionale, che ha vissuto un po' all'ombra della più globalizzata Convenzione di New York sotto l'egida delle Nazioni Unite. Le occasioni di contatto tra diritto UE e arbitrato, peraltro, non sono in seguito mancate. Furono in molti, l'estate scorsa, tra gli esponenti non solo della c.d. "*arbitration community*" ma anche di qualche Stato membro come il Regno Unito, per cui l'arbitrato è per molti aspetti una autentica risorsa (anche in chiave deflattiva del carico di lavoro del giudice ordinario), a paventare la "comunitarizzazione" della materia arbitrale, quale indiretta conseguenza di un accoglimento della proposta di revisione del Regolamento 44/2001 stilata dalla Commissione. La quale, sulla scia dei suggerimenti formulati ad Heidelberg da un gruppo di studiosi, dell'arbitrato e del processo civile, aveva accarezzato l'idea di abrogare l'art. 1, co. II, lett. 2, Reg. 44/2001, che esclude *tout court* la materia arbitrale dal campo di applicazione del Regolamento, per estendere il regime di riconoscimento automatico anche alle sentenze degli Stati membri aventi quale peculiare oggetto la validità e l'efficacia dei patti compromissori. Declaratoria da molti ordinamenti consentita, all'esito di un autonomo procedimento avanti al giudice ordinario (come quello previsto dal § 1032 ZPO, in Germania, o cui sembre-

rebbe alludere l'ultimo comma del nostro art. 819-*ter* c.p.c.). Sarebbe sorta allora, se quest'ultima prospettiva fosse stata percorsa sino in fondo, la necessità di armonizzare le discipline processuali nazionali già esistenti o di introdurre una procedura uniforme per un siffatto giudizio, che si proponeva di devolvere alla competenza esclusiva del giudice della sede dell'arbitrato designata dai compromittenti, sì da garantire tempistiche decisorie omogenee in tutti gli Stati membri. Ma nulla di tutto ciò è confluito nel testo del nuovo Reg. 1215/2012, stante la posizione di netta chiusura assunta dal Parlamento Europeo nel settembre 2011, tutta votata a preservare lo *status quo*, su questo tema evidentemente così sensibile.

Questa prima e decisiva fase d'avvio della integrazione processuale europea, dicevamo, ha celebrato i suoi fasti con la Convezione di Bruxelles del 1968 e col suo "lungimirante" Protocollo, che ne affidò l'interpretazione accentrata alla neoistituita Corte di Giustizia. Il successo di questo strumento fu tale che dopo pochi lustri lo si volle replicare, sottoponendo alla ratifica degli Stati membri dell'EFTA, tra cui la Svizzera, una Convenzione di Lugano per contenuti analoga al *set* di regole di Bruxelles, già non poco arricchito dall'*acquis* giurisprudenziale della Corte di Lussemburgo.

Col Trattato di Maastricht e l'attrazione della cooperazione in materia giudiziaria, assieme a visti, asilo e immigrazione, nell'ambito del "terzo pilastro" con metodo decisionale intergovernativo, si è avuta una fase direi più preparatoria e di studio, ad impulso della Commissione opportunamente dotata di "portafoglio", sfociata nell'adozione di vari programmi d'azione.

Il Trattato di Amsterdam ha segnato un passo in avanti decisivo, e uno indietro. La cooperazione in ambito giudiziario è divenuta una materia comunitaria a tutti gli effetti, sotto la rubrica dell'art. 65 Tr. UE. L'influsso del diritto derivato, da questo momento in poi, è stato tangibile in special modo nell'area del processo civile. D'altro lato, però, l'art. 68 Tr. CE aveva con scelta non felice circoscritto la legittimazione ad investire la Corte di Giustizia con riguardo agli atti normativi delle istituzioni comunitarie adottati in forza dell'art. 65, cioè proprio ai Regolamenti in materia processuale, alle sole giurisdizioni nazionali di ultima istanza, con gravi (quanto imprevedibili) ripercussioni quanto alla possibilità per la Corte di svolgere il suo ruolo uniformatore e propulsivo nello sviluppo (di questo ramo) del diritto comunitario. Questo limite è per fortuna venuto meno con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, di cui subito diremo.

3.- L'incidenza del diritto comunitario sul diritto processuale nazionale, alla cui norme di produzione abbiamo testé fatto cenno, si manifesta, tuttavia, con modalità, intensità ed effetti differenziati a seconda del "formante" cui si fa riferimento e da cui proviene l'impulso omologatore od armonizzatore, secondo i casi. È un aspetto centrale, quest'ultimo, degno della massima attenzione anche da parte degli studiosi del diritto comunitario. Poiché è proprio nella materia *lato sensu* procedurale, tradizionalmente governata dal principio della "autonomia" dagli Stati membri, che i noti argini della proporzionalità e della sussidiarietà, con cui ogni intervento del Legislatore comunitario va misurato, vengono sempre più assottigliandosi. Fino ad oggi infatti, si badi, l'adozione di norme comunitarie uniformi, efficaci *erga omnes* si è potuta giustificare se ed "*in quanto necessaria al corretto funzionamento del mercato interno*" e nei limiti in cui l'oggetto della normazione comunitaria presentasse delle "*implicazioni transfrontaliere*". La fissazione di siffatti *limina*, o "vincoli di scopo" espressi, voleva probabilmente elevare un argine contro una normazione a più ampio raggio della Comunità, ad esempio sulla scorta della teoria dei poteri impliciti.

Si sono avuti, così, i benvenuti Regolamenti in materia di giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (Reg. 44/2001), matrimoniale (Reg. 1347/2000, poi Reg. 2201/2003) e di obbligazioni alimentari (Reg. 4/2009). Regolamenti sulla notificazione e comunicazione degli atti giudiziari (Reg. 1348/2000, oggi Reg. 1393/2007, dopo un *restyling* all'insegna di una uniformazione ancor più accentuata); quelli sull'apertura delle procedure di insolvenza (Reg. 1346/2000) e sull'assunzione di prove all'estero (Reg. 1206/2001). Il bisogno di celerità della tutela del credito transfrontaliero ha determinato l'istituzione di un titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati (Reg. 805/2004) nonché di una procedura unica d'ingiunzione di pagamento (Reg. 1896/2006). La satisfattività della tutela del creditore, da assicurare agendo anche sui rimedi cautelari, è l'obiettivo dell'*iter* legislativo comunitario che porterà alla definizione di una ordinanza europea sul sequestro di conti bancari. La tutela del consumatore, titolare di pretese non insignificanti in astratto ma rinunziabili nel calcolo costi-benefici quale barriera dissuasiva delle azioni, è alla base della disciplina di un procedimento uniforme per le controversie di modesta entità (Reg. 864/2007) e di un Libro Verde del 2008 della Commissione sulle azioni collettive risarcitorie a tutela dei consumatori danneggiati da illeciti antitrust. In rapidissimo *excursus* a tanto ammonta la normazione comunitaria in materia di processo civile con implicazioni transfrontaliere. Senza contare poi le tante direttive che, *a latere* del di-

ritto derivato direttamente applicabile, hanno fornito l'appiglio ad importanti riforme a livello interno. Merita ricordare quelle sul gratuito patrocinio nelle liti transfrontaliere (Dir. 8/2003) e sulla mediazione (Dir. 52/2008), recepita da noi dal D.lgs. 28/2010, dalle alterne fortune.

Orbene, il Trattato di Lisbona ha significativamente innovato, ampliandole, le possibilità di intervento del Legislatore comunitario in materia processuale. Misure volte al ravvicinamento delle legislazioni nazionali ovvero a promuovere la compatibilità tra le norme processuali degli Stati membri potranno infatti d'ora in avanti essere adottate "*in particolare*", ma non si dice più esclusivamente, ove ciò sia necessario al buon funzionamento del mercato unico, come recita il capoverso dell'art. 81, TfUE. Atti di diritto derivato in materia processuale, si badi bene, potranno dunque d'ora in avanti essere emanati dalle istituzioni comunitarie, anche senza che ricorrano obiettive esigenze di carattere transfrontaliero, e così anche solo per facilitare l'"*accesso alla giustizia*" da parte dei cittadini oppure per eliminare gli "*ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili*": è quanto si lascia evincere dal combinato disposto tra il capoverso dell'art. 81 TfUE e le lettere "e" ed "f" della stessa disposizione. La quale norma annovera infine tra i possibili nuovi ambiti di intervento comunitario in materia quelli relativi allo "*sviluppo di metodi alternativi per la soluzione delle controversie*" (lett. "g"), nonché – novità grandiosa, se inizierà ad attuarsi – alla "*formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari*" (lett. "h").

Alcuni (tra cui Hess) ravvisano una base giuridica alternativa per la normazione europea in materia processuale nell'art. 114 TfUE, che consente l'adozione di misure volte al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri "*aventi ad oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno*". Tale disposizione potrebbe allora essere utilizzata dal Legislatore europeo quando l'attuazione del diritto comunitario sostanziale richieda ad esempio di approntare mezzi processuali più "potenti" a tutela dei singoli (quali talune forme di tutela aggregata o collettiva dei consumatori in relazione ad illeciti di massa, ad es. in campo antitrust, cui ho accennato poc'anzi e che ristagnano da lustri con necessarie fughe in avanti disomogenee dei singoli Stati).

In un siffatto contesto, può ancora aver senso invocare l'appartenenza del diritto processuale al diritto pubblico per eccellenza, quale disciplina di una funzione dello Stato che è espressione di sovranità, refrattaria ad ogni tipo di influsso eteronomo? In sintesi il c.d. principio di autonomia è oggi in fase di, purtroppo disordinata, ma necessaria evanescenza.

4.- Le disposizioni regolamentari uniformi testé accennate assurgono, nel loro complesso, ad un *corpus* normativo autonomo che non sostituisce (se non alquanto selettivamente) ma si affianca ai diritti processuali nazionali.

Anche i regolamenti più "organici", quelli cioè che introducono procedimenti uniformi, non sono mai, per così dire, del tutto autosufficienti, per quanto le ragioni dell'armonizzazione suggeriscano al Legislatore comunitario – forse non a torto, se attentamente calibrate – di fare ampio uso di moduli, tipicamente rinvenibili in calce ai suddetti regolamenti, che la parte anche non tecnicamente assistita potrà compilare e indirizzare al giudice nazionale senza curarsi delle forme previste dal diritto processuale interno (con quali possibili contrasti, mi chiedo tuttavia, col principio, in vari Stati vigente, di libertà delle forme?). Le regole uniformi presuppongono l'esistenza del diritto processuale nazionale. Per il loro stesso funzionamento esse postulano una interazione necessaria, e quasi interstiziale, sempre faticosa, con istituti, forme, termini del processo nazionale.

Ebbene, quegli istituti e quelle norme processuali nazionali, cui si è appena fatto cenno, sono in alcuni casi, tuttavia, eminentemente il frutto di irrinunziabili condizionamenti storici, culturali, religiosi, etici, sociali. Di tutti quei fattori che innervano l'esperienza giuridica, per dirla con Capograssi, e che fanno sì che specialmente nel caso delle norme processuali la "*Inlandsbeziehung*" sia così profondamente, starei quasi per dire inamovibilmente, radicata, che risuoni ancor'oggi, insomma, il motto bartoliano "… *et locus processus inspicitur*" o, più prosaicamente, 'paese che vai, usanze (o *Stylus Curiae*) che trovi'.

Usanze, appunto, ma anche cultura, lingua, credenze, geografie: ciascuna con la sua particolaristica impronta e riverbero sulla disciplina del processo, che neppure l'armonizzazione più pervasiva potrebbe appianare o, peggio, proporsi di eliminare. Il che ci conduce al secondo, fors'anche più importante, certamente ideativamente più ricco "formante" del diritto processuale comunitario, che è la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE.

Per la gran parte originata dai rinvii pregiudiziali attinenti l'interpretazione delle norme della Convenzione di Bruxelles (non solo di giurisdizione, ma anche di coordinamento tra procedimenti), questa giurisprudenza ha dato risposta al seguente problema di fondo: come conciliare e, se del caso appianare, le differenze tra istituti processuali tanto diversamente concepiti nei diritti processuali nazionali, sì da garantire uno sviluppo ed un funzionamento ordinato del nascente spazio giudiziario europeo, senza soverchi strappi ed incertezze predittive?

È questa l'epoca aurea in cui la Corte, non ancora ingombrata dalla attuale smisurata mole di ricorsi e quesiti pregiudiziali, alle prese con istituti processuali nazionali tanto diversi, oggi in una orchestrazione di voci e di lingue francamente eccessiva, aveva affinato il suo particolare metodo interpretativo, su cui mi sono soffermato più a lungo in altra occasione (v. il ns. *Il flessibile rapporto dei diritti processuali civili nazionali rispetto al primato integratore del diritto comunitario (integrato dalla Cedu a sua volta)*, nel volume *Corti europee e giudici nazionali*, Bononia University Press, 2011, pp. 49-237). Fondato sul rifiuto della ricerca di minimi comun denominatori e con l'obiettivo invece di forgiare quelle che mi è parso congruo definire "varianti funzionali" degli istituti processuali tradizionali, ossia autonome rispetto ai diritti nazionali, calibrate sulla preservazione dell'effetto utile del diritto comunitario, all'insegna dell'autonomismo europeo nel far funzionare certi istituti tipici del processo civile.

Esemplare è quanto avvenuto con riguardo appunto all'istituto dell'oggetto del processo, della litispendenza, dell'inizio della pendenza della lite e così della prevenienza. Tutta una serie di istituti che servono a regolare la concorrenza tra i processi nei vari Stati sono stati – attraverso celeberrime sentenze (*Gubish*, *Tatry*, meno *Maersk*, e molte altre) – forgiati su base autonoma dalla Corte del Lussemburgo, che non è una Corte di giuristi in senso stretto, ma ricorda per certi aspetti il modo di lavorare del Consiglio di Stato francese: è una Corte a cavallo fra la componente giuridica e la componente degli uomini di stato, o alti burocrati.

Si è parlato da alcuni di "funzionalizzazione" dei diritti processuali nazionali da parte del Giudice comunitario, come recita il titolo di un bel saggio di D. U. Galetta di qualche anno fa, in cui sempre nel titolo vi era una reminiscenza miltoniana al "*Paradise Lost*", a significare quella sofferta privazione di (deliziosa) autonomia in materia procedurale che gli Stati membri, senza avere ancora del tutto perduta, riterrebbero però ormai solo in minima parte.

Quest'ultima definizione mi è parsa però in ultima analisi soverchiamente riduttiva. La "funzionalizzazione" esige infatti una ricomposizione degli aspetti interni dei rimedi assai più complessa, che ricorda il cubismo prima analitico e poi (negli anni Venti) sintetico, proprio soprattutto della ritrattistica picassiana. All'uopo la disciplina processuale nazionale deve essere pronta a subire delle mutazioni e ricalibrature occasionali, funzionali agli scopi del diritto comunitario sostanziale, ma importanti, non già e comunque mai una riformulazione generale a 360 gradi.

5.- Le differenze, frutto di lunghe storie, dei diritti processuali nazionali, tuttora segnati nel profondo da elementi polarizzanti – *in primis* la Riforma e Controriforma, poi l'essere entrati o no nell'orbita della Rivoluzione (giuridica eminentemente) francese, indi l'esperienza delle codificazioni nazionali e dei loro *transplants*, infine la esistenza e il tipo di scienza accademica sottostante, etc. – di natura non meramente normativa e tanto meno contingente, sono dunque irriducibili. Quegli istituti, tuttavia, allorché soggiacciono all'esame della Corte, ne risultano alquanto riatteggiati e "ricomposti" nella chiave funzionale e così, se possiamo dire, tendenzialmente anche deritualizzati e insufflati di nuovo spirito e di maggiore potenza (penso alle cautele, all'autotutela della P.A., alla revocazione contro frodi alla legge, alle restrizioni della garanzia della motivazione, forse all'ampliamento del deducibile – quanto meno ai fini della litispendenza, ma non già in vista del giudicato –) e vengono riguardati allora nella loro irriducibile portata pratica, al di là sia di lasciti culti sia di ricezioni curiali o peggio pigramente corporative tradizionali. Queste varianti funzionali degli istituti processuali tradizionali, beninteso, hanno la loro ragion d'essere esclusivamente nell'ambito dello spazio giudiziario europeo: non si impone, né è opportuno che i giudici degli Stati membri ne facciano applicazione estensiva od analogica al di fuori dei casi di rilevanza comunitaria, cioè in quelli totalmente esaurientesi entro gli Stati membri. Non mi convince troppo, in questo senso, l'orientamento con cui le Sezioni Unite hanno preso ad interpretare la nozione di litispendenza internazionale "generale" descritta dall'art. 7, l. 218/1995 alla luce dei criteri larghissimi applicati dalla Corte di Giustizia per affermare la sussistenza di una sostanziale identità (*recte*: interferenza) di cause, anche se aventi *petita* diversissimi tra loro, al fine di evitare la formazione di giudicati contrastanti in ambito comunitario. La Cassazione italiana (Sez. Un., 28.11.2012, n. 21108) ci dice di dover privilegiare in tutti i casi una "*interpretazione del citato art. 7, per quanto riguarda la nozione di stessa causa, non ancorata a criteri formalistici e restrittivi*" – e fin qui non sarebbe errato – ma poi prosegue ravvisando la identità tra due azioni, l'una, preveniente, promossa in Brasile, l'altra, prevenuta, promossa in Italia, in cui ciascun genitore chiedeva di ottenere l'affidamento esclusivo del figlio minore. Ebbene è assai dubbio, senza neppure scendere all'esame di come l'istituto sia diversamente configurato nel paese straniero, che siffatte azioni potessero presentare un congruo grado di succedaneità pratica e di omologia giuridico-funzionale, posto che da un loro eventuale rigetto non sarebbe verosimilmente conseguito l'affidamento esclusivo in capo al coniuge convenuto (oltre a ciò colpisce, in questa sentenza, che la questione di litispen-

denza internazionale "generale" sia trattata alla stregua di una *quaestio iurisdictionis* – quel che può evidentemente valere solo nell'ambito del sistema integrato di "smistamento" di competenza istituito dalla Conv. di Bruxelles e dal Regolamento n. 44/2001 – e che, del pari erroneamente, se ne postuli la rilevabilità d'ufficio).

Quello della litispendenza, anche comunitaria, si conferma un tema dunque inesausto: si attende la risposta della Corte di Giustizia al quesito pregiudiziale recentemente posto dalla *Cour de cassation* francese nella causa *Cartier Parfums* (v.lo in *Aldricus*, 26.2.2013, nt. redaz.), che si è domandata se al fine di ritenere accertata la competenza del giudice previamente adito sia sufficiente che il convenuto si sia costituito senza eccepire il difetto di giurisdizione.

In questo senso, il meccanismo solo infraeuropeo del rinvio pregiudiziale – in funzione rimodellatrice – alla Corte fa il suo ingresso *pleno iure* nello statuto processuale dei giudici nazionali tutti, Corti costituzionali comprese, come essenziale dovere di collaborazione nei confronti del fattore-guida e quindi per realizzare una concertazione europea non poco creatrice e, fatalmente, allora, quasi mai appieno prevedibile, ma anche viene crescendo il ruolo specifico della Commissione e – quale suo unico giudice naturale – delle Corti UE e ivi dell'impugnazione in I e II grado delle sue decisioni, specie di quelle "regolatorie". E la violazione di quel dovere potrà esporre lo Stato a responsabilità risarcitoria nei confronti del singolo, come la Corte di Giustizia ha statuito nel caso *Köbler* (sent. 30.9.2003, in *Int'l lis*, 2005, 62 ss., nt. Biavati) suscitando le preoccupazioni del nostro giudice di vertice amministrativo, che con la recente ordinanza Cons. Stato, Sez. VI, n. 1244 del 2012 (in pubblicazione in *Corr. giur.* 2013, assieme a Trib. Roma, 6.9.2012, n. 16810, con nota di Fulvio Cortese) ha in sostanza chiesto lumi alla Corte di Giustizia in ordine alla possibilità di riformulare il quesito interpretativo di diritto comunitario per come prospettato da una delle parti, se del caso superando il principio dispositivo. Secondo noi, peraltro, questa ordinanza agita – forse perché oppressa da azioni risarcitorie assai temibili, fondate su mancate rimessioni (spesso non ben inquadrate *ex ante*) – un falso problema, poiché il potere di formulare quesiti pregiudiziali di diritto comunitario, di cui ogni giudice nazionale è investito, è sin ovvio che possa essere esercitato liberamente, senza subire alcuna costrizione derivante dall'art. 112 c.p.c. e purché però il quesito, comunque lo si formuli (o riformuli, potendosi certo prescindere dalle proposte di formulazione di parte) attenga all'oggetto del giudizio, per come – questo sì – imperativamente e insuperabilmente delimitato dalle domande delle parti, al più interpretabili in debito contraddittorio.

Come problema assai più urgente era invece emerso quello relativo alla tenuta del vincolo, un tempo ferreo (non scosso da *overrulings* giurisprudenziali), del giudice del rinvio al principio di diritto enunciato dalla Corte di Cassazione in grado di legittimità. Ove il principio enunciato appaia in contrasto col diritto comunitario, il giudice del rinvio è tenuto comunque ad uniformarvisi (l'errore commesso in ultimo grado non potendo emendarsi da un *lower level*?) o può invece – gerarchia dello *Instanzenzug*, allora, a parte – disattenderlo, se del caso sollevando lui stesso un quesito pregiudiziale? Risponde la Corte di Giustizia che le disposizioni di diritto nazionale non possono imporre al giudice del rinvio di attenersi alle valutazioni espresse dal giudice di grado superiore, ove queste non siano conformi al diritto comunitario (sent. *Interedil* del 20.10.2011, in *Int'l lis*, 2012, 134 ss., nt. Honorati, *Higher Courts, Lowers Courts and Preliminary Ruling: a Lesson from Interedil;* e *Krizan*, del 15.1.2013, in *Int'lis*, 2013, 24 ss., nt. Raiti). Il problema, che peraltro non si porrà affatto per i rinvii restitutori (ossia quelli fondati da noi sui nn. 1, 2, 4 e 6 dell'art. 360 c.p.c.), che riaprono gradi precedenti del rapporto processuale, ma sì nel caso di rinvii c.d. prosecutori (che solo completano il *dictum* del giudice di legittimità), dovrà essere dunque risolto innovativamente ammettendosi che il vincolo all'applicazione del principio di diritto enunciato dal giudice di legittimità, quale sancito dal cpv. dell'art. 384 c.p.c., debba ormai subire un necessario temperamento, onde consentire al giudice del rinvio, non mero "mandatario rescissorio" della Cassazione, di interpretare autonomamente il diritto comunitario, senza aderire all'interpretazione del giudice superiore *a quo* che egli ritenga errata. Non si avranno peraltro qui incrinature o superamenti di sorta del giudicato, in funzione dell'effettività del diritto comunitario: il "principio di diritto" non possiede una tale efficacia, semplicemente perché, nell'enunciarlo, la S.C. non statuisce su diritti soggettivi ma si limita a risolvere questioni di puro diritto. Il valore della nomofilachia, di cui il vincolo al principio di diritto è un portato, non si pone sullo stesso piano ed eventualmente può dunque cedere di fronte a quello della primazia del diritto comunitario ed alla aspirazione di quest'ultimo ordinamento a che l'effetto utile delle sue norme sia sempre preservato. Vi è, insomma, una *Rangordnung* fra le nomofilachie.

6.- Sono giunto così a lambire un tema che ha destato scalpore tra gli interpreti negli ultimi anni, vale a dire quello del rapporto tra diritto comunitario sostanziale e giudicato nazionale non tanto "anticomunitario" quanto elusivo delle potestà esclusive della Commissione e sulla

esclusività della giurisdizione comunitaria sulle sue decisioni, in specie in materia di aiuti di stato. La questione, affrontata giusto un lustro fa in una celeberrima pronuncia della Corte di Giustizia, si è posta in sostanza nei termini seguenti: può una sentenza del giudice nazionale divenuta definitiva, perché trascorsa in cosa giudicata formale e così inoppugnabile (continuare a) produrre i suoi effetti *sine die* ancorché in contrasto non tanto col diritto comunitario quanto con quelle potestà esclusive? Ebbene, in questo caso la Corte ha dichiarato che il principio della certezza del diritto presidiato dal giudicato, che pure si colloca tra i principi fondamentali dello stesso ordinamento comunitario, non osta alla disapplicazione di una disposizione nazionale, quale l'art. 2909 c.c., ove l'effetto utile del diritto comunitario sostanziale rischi di essere messo a repentaglio, i suoi scopi pregiudicati o frustrati.

Da più parti si sono levate le profonde perplessità (puntualmente raccolte da Trib. Roma, 23.3.2011, in *Int'l lis*, 2011, 139 ss., nt. Raiti) contro queste pronunce del Giudice comunitario, quasi attentassero davvero al ruolo di istituti processuali certo fondamentali, come è appunto il giudicato sostanziale. Eppure, se solo si guardi a tutta questa variegata casistica tenendo a mente che la cosa giudicata non è mai assolutamente incontrovertibile (prova ne sia che esistono le impugnazioni straordinarie), e che anch'essa può così tollerare una *revisio* e venir meno ove l'esito del processo sia stato il frutto di una frode o della condotta dolosa di una delle parti, non si fatica a collocare questa peculiare sentenza *Lucchini* (2007) nel filone delle pronunce che fanno applicazione del principio *fraus omnia corrumpit*. Né tanto meno vi saranno difficoltà ad "accettare" e sistemare congruamente la successiva sentenza *Olimpiclub* (2009) che pure ha imposto la disapplicazione dell'art. 2909 c.c., se ci si collochi nella prospettiva dei limiti oggettivi del giudizio e del giudicato tributario. Che non si estende anche alle questioni pregiudiziali di merito ricadenti nella giurisdizione civile, quale ad esempio quella di validità di un contratto di comodato dissimulante una locazione, concluso nell'ambito di una operazione diretta ad eludere l'applicazione dell'Iva comunitaria. Talché mai e poi mai la statuizione del giudice tributario sulla validità civilistica di un siffatto contratto in frode alla legge avrebbe potuto estendersi *ultra litem*, e vincolare il giudice tributario anche nei giudizi relativi a diversi periodi di imposta.

Ogni contesto statale potrà alla fine forse giovarsi di questa evoluzione processuale e di quelle "curvature", destinate verosimilmente piano piano ad operare altresì nell'attuazione delle residue "isole" di diritto privato municipale, in generale quindi con una effettività maggiore e con

uno sguardo più intrinseco al senso concreto di istituti e rimedi processuali, resi meno paludati e rigidi.

7.- Si potranno e dovranno così, lo si ripete ancora una volta, deformalizzare e picassianamente destrutturare, per poi ricomporre, inveterati meccanismi processuali, per elaborare alla bisogna determinate "varianti funzionali" degli istituti processuali tradizionali, a seconda delle esigenze e delle finalità – quasi sempre (finora) economiche – di volta in volta espresse dal diritto comunitario. Beninteso: senza (rinnegare o) rinunciare, nel far ciò, a cuor leggero a principi e concetti propri della disciplina processualistica là dove realmente portatori di valori e vantaggi non meramente localistici o anche solo di retaggi scientifici pur di pregio ma non di vocazione universale. I quali principi e concetti processuali di alto livello, per quanto si è veduto essi sottendono, non dovranno essere persi mai di vista da un sistema che ambisca a garantire, oltre e al fianco del formale, quanto però essenziale, *rispetto delle sfere di competenza tra Unione europea e Stati membri*, anche il *rispetto dei diritti fondamentali degli individui, attraverso una tutela giurisdizionale effettiva*, in forza di un principio comunitario ormai cogente – art. 19 TfUE.

E veniamo così anche all'ultimo formante del diritto processuale europeo, dopo quello legislativo e quello giurisprudenziale (che trae linfa dalla giurisprudenza dei giudici nazionali, comunitari e anche della Corte di Strasburgo: vale a dire dai tre vertici di un triangolo giurisdizionale, nella bella immagine di Caponi). La dottrina che si dedica alla *transnational litigation*, con speciale vocazione per quella infraeuropea. Ormai è un profilo sia scientificamente sia professionalmente ben spiccato, pur se con radici nelle nostre due antiche e classiche discipline. Mi chiedo se vi sia ancora o debba esservi ancora uno spazio per la concettualizzazione e la sistemazione, di apporti dottrinali articolati e preziosi, di fronte al minaccioso avanzare della mole di regolamenti, di nuove rimessioni (su quesiti fin troppo elementari, talvolta) e di pronunce della Corte di Giustizia. Sempre più spesso diffuse meccanicamente ed "in tempo reale", quasi sempre senza commenti approfonditi e critici, da una ampia gamma di siti di informazione giuridica e *blogs*, in qualche occasione tuttavia – va pur aggiunto – non solo ricchi e tambureggianti ma anche molto accurati (come lo è il nuovo ferrarese *Aldricus*, piace darne atto).

Siamo tutti convinti che queste veloci modalità di consultazione della giurisprudenza comunitaria, preziose dunque, non possano essere la fonte privilegiata, o meglio non possano soppiantare le tradizionali riviste, che sole possono ospitare e far assimilare analisi meditate, ma di lar-

ga diffusione, veicolando anche il ricco lascito di tante monografie e libri, italiani e stranieri e di Atti di convegni importanti, quale quello la cui sessione conclusiva avrò l'onore di contribuire ora a concertare.

DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E PROCESSO CIVILE

Enzo CANNIZZARO·

SOMMARIO: 1. Autonomia processuale e armonizzazione. – 2. Altre tecniche di integrazione. – 3. Autonomia processuale e asimmetria del processo di integrazione. – 4. Rimedi processuali come completamento di posizioni soggettive stabilite dal diritto dell'Unione. – 5. *Segue*: rimedi processuali ed effettività del meccanismo di rinvio pregiudiziale. – 6. I criteri applicativi: A) L'equivalenza e le norme processuali nazionali "distintamente applicabili". – 7. *Segue*: b) L'effettività e le norme processuali nazionali "indistintamente applicabili". – 8. Effettività del sistema e definitività delle decisioni.

1. Autonomia processuale e armonizzazione

È noto come il principio dell'autonomia processuale sia fondato sul presupposto dell'assenza di regole dell'Unione dirette ad armonizzare il diritto processuale nazionale. È solo in conseguenza dell'assenza di regole processuali armonizzate, infatti, secondo le espressioni giurisprudenziali classiche, che la tutela di posizioni soggettive assicurate dal diritto dell'Unione europea viene affidata ai rimedi giurisdizionali interni. Ne consegue che tali posizioni soggettive si realizzano secondo le modalità di ciascun ordinamento processuale nazionale e sono assoggettate ai limiti di esso.

Esistono, invero, varie regole dell'Unione tese ad armonizzare il diritto processuale nazionale. Esse sono generalmente fondate sulla constatazione che la disparità delle legislazioni nazionali potrebbe avere un impatto negativo sulla realizzazione del mercato interno. Si tratta di un argomento di carattere funzionale talvolta utilizzato nella giurisprudenza e nella prassi istituzionale dell'Unione sia al fine di fondare una competenza a favore dell'Unione che di determinarne la natura. Se questa esigenza venisse considerata in via generale, tuttavia, l'Unione potrebbe possedere una competenza molto ampia nel campo del diritto processuale nazionale. Ciò in quanto il diritto processuale serve generalmente a tutelare sia posizioni soggettive di origine puramente interna che posi-

· Ordinario di Diritto internazionale, Università di Roma La Sapienza.

zioni soggettive che traggono origine nel diritto dell'Unione. Ne consegue una notevole resistenza degli ordinamenti nazionali ad accettare questa tecnica di integrazione, la cui portata è assai ampia e potenzialmente onnicomprensiva.

Le due tecniche di integrazione, quella dell'armonizzazione processuale e quella che procede dalla ricostruzione dei limiti all'autonomia processuale, sono assai diverse, sia quanto alla loro natura che quanto agli effetti che esse producono. L'armonizzazione processuale si fonda sull'esistenza di norme comuni che gli Stati debbono adottare nel proprio ordinamento e che quindi interagiscono variamente con le altre norme dell'ordinamento processuale nazionale. Si tratta, quindi, di una tecnica di integrazione che procede attraverso l'uniformità delle norme processuali nei vari ordinamenti. Diversa è l'integrazione che si realizza mediante la posizione di limiti agli ordinamenti processuali nazionali. Tali limiti tendono a valorizzare l'esigenza di assicurare l'equivalenza e l'effettività della tutela nei confronti di posizioni soggettive fondate sul diritto dell'Unione. Di conseguenza, tale tecnica di integrazione procede dal riconoscimento dell'esistenza di posizioni soggettive che sono, in linea di principio, "esterne" rispetto agli ordinamenti nazionali, rispetto alle quali questi gli Stati membri hanno obblighi particolari: un obbligo minimo di assicurare l'equivalenza di trattamento; un obbligo ulteriore, di assicurarne l'effettività.

Mentre la tecnica di integrazione processuale mediante l'armonizzazione si fonda sull'esigenza di assicurare l'uniformità di trattamento delle posizioni soggettive esterne rispetto a quelle interne[1], l'altra tecnica, data dal riconoscimento dell'autonomia processuale temperata dai limiti ad essa, tende piuttosto a riconoscere l'esigenza di una tutela particolare a favore delle posizioni soggettive esterne.

2. Altre tecniche di integrazione processuale

Non mancano, nell'esperienza giuridica del diritto europeo, altre tecniche di integrazione processuale. Una di queste, in un certo senso in-

[1] Talune norme processuali di armonizzazione hanno invero un campo di applicazione limitato e si applicano alle sole posizioni soggettive derivanti dal diritto dell'Unione. Ciò è una conseguenza del carattere orizzontale dell'armonizzazione, che si svolge sia sul piano sostanziale che su quello processuale. Ad esempio, le norme processuali relative agli appalti o ai diritti di proprietà intellettuale UE, si applicano solo agli appalti o ai diritti ora detti che ricadono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione per i quali, soltanto, il diritto dell'Unione ha adottato norme sostanziali di armonizzazione.

termedia fra le due indicate sopra, è quella tesa a dedurre regole processuali sulla base di frammenti normativi, espressione di principi processuali di carattere generale[2]. Questa singolare tecnica di armonizzazione processuale "per principi" è stata largamente applicata, ad esempio, nel campo della tutela dei consumatori.

Uno dei primi esempi viene dalla sentenza *Océano*[3], nella quale la Corte di giustizia ha valorizzato la funzione delle norme sostanziali, dirette a compensare lo squilibrio fra la posizione del consumatore e quella del professionista attraverso "un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale"[4]. A tale funzione, la Corte ha quindi ricollegato l'esigenza espressa dall'art. 7 della Direttiva 93/13/CEE[5], il quale impone agli Stati membri di fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive", compresa "la possibilità per le organizzazioni di consumatori riconosciute di adire le autorità giudiziarie perché queste accertino se clausole redatte per un uso generalizzato siano abusive e, eventualmente, ne dichiarino l'illiceità, anche quando esse non siano state inserite in un contratto determinato"[6]. Da tale sistema la Corte ha tratto la conseguenza che "è difficilmente concepibile che il giudice, chiamato a dirimere una controversia su un contratto determinato contenente una clausola abusiva, non possa disapplicarla solo perché il consumatore non ne fa valere l'illiceità"[7]. La Corte sembra indica-

[2] Sull'armonizzazione processuale per principi generali del diritto UE v. Prechal S., *Competence Creep and General Principle of Law,* in *Rev. of Eur. Adm. Law* 2010, pp. 11-13.

[3] Sentenza del 27 giugno 2000, Cause riunite C-240/98 a C-244/98, *Océano*, in *Raccolta* 2000, I-4941. Su questa sentenza v. per tutti: ORESTANO A., *Ricevibilità di ufficio della vessatorietà delle clausole nei contratti dei consumatori*, in *Europa e diritto privato* 2000, pp. 1179-1187; LEIBLE S., *Gerichsstandklauseln und EG-Klauselrichtlinie*, in *Recht der Internationalen Wirtschaft* 2001, pp. 422-431; WHITERS C., *Jurisdiction Clauses and the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations*, in *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 2002, pp. 56-65; VAN HUFFEL M., *La condition procédurale des règles de protection des consommateurs: les enseignements des arrêts Océano, Heininger et Codifis de la Cour de justice*, in *Revue européenne de droit de la consommation* 2003, pp. 79-105; TRSTENJAK V. e BEYSEN E., *European Consumer Protection Law:* Curia semper dabit remedium?, in *Common Market Law Review* 2011, pp. 95-124, p. 119.

[4] Sentenza *Océano*, cit., para 27.

[5] Direttiva del Consiglio del 5 aprile 1993, n *GU* L 95, p. 29.

[6] Sentenza *Océano*, cit., par. 27.

[7] "Occorre invece osservare che la facoltà per il giudice di esaminare d'ufficio l'illiceità di una clausola costituisce un mezzo idoneo al conseguimento tanto dell'obiettivo fissato dall'art. 6 della Direttiva, che è quello di impedire che il consumatore sia vincolato da una clausola abusiva, quanto dell'obiettivo dell'art. 7, dato che tale esame può avere un effetto dissuasivo e, pertanto, contribuire a far cessare l'inserimento di clausole abusive nei contratti conclusi tra un professionista e i consumatori". Sentenza

re come nel campo della tutela dei consumatori non operi il principio dell'autonomia processuale, se non nei limiti ad esso consentiti dalla presenza di principi processuali, ricavabili dal diritto dell'Unione, dai quali ricostruire, per via di un'attività di completamento normativo, una norma processuale completa.

La ricostruzione di un sistema processuale, ancorché parziale, sulla base di "tracce" di armonizzazione è un dato non infrequente nella prassi giudiziaria dell'Unione. Un interessante esempio di questa tecnica di ricostruzione si può rinvenire nelle conclusioni dall'Avv. Gen. Trstenjak del 6 dicembre 2011, causa *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság*, relative alle norme di procedura necessarie al fine di prestare una efficace protezione ai consumatori nei confronti di clausole abusive.

Le conclusioni valorizzano l'obbligo di risultato, contenute sempre nell'art. 7, paragrafo 1, della Direttiva 93/13/CE, che stabilisce a carico degli Stati membri l'obbligo di prevedere «mezzi adeguati ed efficaci»

Océano, cit., par. 28. Analogo percorso argomentativo ha seguito la Corte riguardo alla Direttiva 93/13, cit., in *Cofidis*, sentenza del 21 novembre 2002, C- 473/00, in *Raccolta* 2002, I-10875; *Mostaza Claro*, sentenza del 26 ottobre 2006, C‑168/05, in *Raccolta* 2006, I-10421, par. 27; *Pannon GSM,* sentenza del 4 giugno 2009, C-243/08, in *Raccolta* 2009, I-4713; *Asturcom Telecomunicaciones,* sentenza del 6 ottobre 2009, C-40/08, in *Raccolta* 2009, I-9579; *Banco Español de Crédito SA,* sentenza del 14 giugno 2012, C-618/10, non ancora pubblicata. Riguardo alla Direttiva 87/102 del Consiglio 22 dicembre 1986, 87/102/CEE, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo (GU 1987, L 42, pag. 48), come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 febbraio 1998, 98/7/CE (GU L 101, pag. 17), v. le sentenze *Rampion e Godard*, sentenza del 4 ottobre 2007, C-429/05, in *Raccolta* 2007, I-8017; *Pohotovost' s.r.o. contro Iveta Korčkovská*, ordinanza del 16 novembre 2010, C-76/10, in *Raccolta* 2010, I-11557. Riguardo alla Direttiva del Consiglio 20 dicembre 1985, 85/577/CEE, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, in GU L 372 del 31.12.1985, p. 31, v. la sentenza *Eva Martín Martín contro EDP Editores SL*, sentenza del 17 dicembre 2009, C-227/08, in *Raccolta* 2009 I-11939. Riguardo infine alla Direttiva 98/27/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 maggio 1998 relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, in *GU* L 166 dell' 11.6.1998, p. 51, v. la sentenza *Purely Creative Ltd,* sentenza del 18 ottobre 2012, C-428/11, non ancora pubblicata. V.. MARINUCCI E., *Impugnazioni del lodo per vessatorietà della clausola arbitrale: inammissibilità di preclusioni*, in *Int'l Lis* 2007, pp. 64-68; SCHLOSSER P., *Nichtanerkennung eines Schiedsspruchs mangels gültiger Schiedsvereinbarung,* in *IPRax* 2008, pp. 497-498; GALETTA D.-U., *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?,* Springer, 2010, p. 16; DANIELE L., *Direttive per la tutela dei consumatori e poteri d'ufficio del giudice nazionale,* in *Il Dir. dell'Unione eur.* 2011, p. 683; TRSTENJAK V. e BEYSEN E., *European* cit., p. 119. Sulla recente sentenza *Banco Español de Crédito SA,* 14 giugno 2012, C-618/10, non ancora pubblicata, v. PAISANT G., *L'elargissement, par la CJUE, du pouvoir d'office du juge et le refus de la révision d'une clause déclarée abusive,* in *La Semaine Juridique – édition générale* 2012, n. 37, pp. 1637-1640.

per eliminare in modo effettivo le clausole abusive. Nel riconoscere agli Stati membri la competenza a determinare appropriati meccanismi di controllo, le conclusioni tendono altresì a trarre dall'esistenza di norme di armonizzazione minima, coniugate con l'esigenza di garantire una protezione efficace, una serie di altre implicazioni procedurali che vanno dall'esigenza di riconoscere carattere *erga omnes* dell'accertamento del carattere abusivo di una clausola, alla esigenza di dotare il giudice del potere di pronunciare provvedimenti inibitori[8].

Queste tecniche di ricostruzione sembrano evidenziare la difficoltà di separare in maniera netta le due principali tecniche di integrazione processuale. L'alternativa fra armonizzazione e autonomia sembra talvolta sfumare a favore di una attività di ricostruzione caso per caso dei rimedi più appropriati al fine di assicurare l'effettività delle posizione soggettive dell'Unione.

3. Autonomia processuale e asimmetria del processo di integrazione

L'autonomia processuale può essere vista come la conseguenza della asimmetria che si produce fra le posizioni soggettive garantite dal diritto dell'Unione europea e la loro proiezione sul piano dei rimedi processuali. Non di rado, infatti, le posizioni soggettive assicurate dal diritto dell'Unione vivono solo nella loro dimensione sostanziale. Esse non sono assistite da strumenti relativi alla fase procedurale; alla fase cioè del loro accertamento e delle garanzie della loro esecuzione.

Ciò è una conseguenza della natura trans-ordinamentale dei diritti e degli obblighi assicurati dal diritto dell'Unione, che vengono prodotti in un ordinamento, ma poi subiscono parte del loro processo di concretizzazione in un ordinamento diverso da quello di origine. Tuttavia, la linea

[8] V., in particolare, i par. 44 ss. delle conclusioni. Nella sentenza *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság,* 26 aprile 2012, causa C-472/10, par. 38, non ancora pubblicata, la Corte di giustizia ha quindi concluso che "l'attuazione effettiva di tale obiettivo esige, come rilevato in sostanza dall'avvocato generale al paragrafo 51 delle sue conclusioni, che le clausole delle CG dei contratti stipulati con consumatori dichiarate abusive nell'ambito di un'azione inibitoria promossa avverso il professionista di cui trattasi, quale quella di cui al procedimento principale, non vincolino né i consumatori che siano parti nel procedimento inibitorio né quelli che abbiano stipulato con il professionista un contratto al quale si applicano le medesime CG". Su questa sentenza v. BOTTINO M., *Arrêt Invitel: l'effet ultra partes des clauses déclarées abusives*, in *Revue européenne de droit de la consommation* 2012, pp. 587-594; PAISANT G., *Effets à l'égard des tiers d'une action en cessation d'une clause abusive intentée au nom des consommateurs par un organisme désignée par la législation hongroise*, in *La Semaine Juridique – edition générale* 2012, n. 19, pp. 960-961.

che separa la sfera delle competenze dell'Unione europea rispetto a quelle nazionali non è una linea simmetrica, tracciata in relazione al contenuto o agli effetti di tali posizioni. Non di rado, essa è tracciata in maniera trasversale, sì da comportare che all'esistenza di una competenza dell'Unione sul piano sostanziale non corrisponda una competenza sul piano strumentale. A volte, all'esistenza simmetrica della competenza dell'Unione sui due piani, non corrisponde l'esistenza delle condizioni giuridiche o politiche per il loro simmetrico esercizio.

In tutte queste ipotesi, si produce quindi una asimmetria fra l'esistenza di posizioni soggettive individuali, definite bensì dall'ordinamento dell'Unione ma amministrate sul piano procedurale dall'ordinamento degli Stati membri. In tale situazione, che costituisce una inevitabile conseguenza del modo d'essere dei rapporti fra diritto dell'Unione e ordinamenti nazionali, sarebbe difficile ritenere che l'assenza di norme processuali comporti la negazione dell'esistenza di posizioni soggettive derivanti dal diritto dell'Unione. In questa dimensione concettuale, il principio dell'autonomia processuale si struttura come l'inevitabile conseguenza dell'esistenza di posizioni soggettive non assistite da norme processuali relative alle vicende dei diritti assicurati ai singoli dall'ordinamento europeo.

Questo conclusione emerge, ad esempio, dall'itinerario argomentativo seguito dalla Corte nella sentenza *Denkavit*[9], che costituisce une delle prime compiute teorizzazioni del principio[10]. La Corte ha tratto dal principio di collaborazione, allora enunciato dall'art. 5 del Trattato CE, la conseguenza che, in assenza di una normativa comunitaria di armonizzazione, sussistesse la competenza di ciascun ordinamento nazionale a "designa(re) il giudice competente e stabili(re) le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta"[11].

[9] Sentenza 27 marzo 1980, 61/79, *Denkavit,* in *Raccolta* 1980, 1205.

[10] V., già prima della sentenza *Denkavit*, la sentenza *Rewe-Zentralfinanz eG e Rewe-Zentral AG contro Landwirtschaftskammer für das Saarland*, sentenza del 16 dicembre 1976, 33/76, in *Raccolta* 1976, p. 1989. Analogo percorso argomentativo ha seguito la Corte nei casi *J. van der Weerd e altri,* sentenza del 7 giugno 2007, cause riunite C-222/05 a C-225/05, in *Raccolta* 2007, I-4233; *Impact,* sentenza del 15 aprile 2008, C-268/06, in *Raccolta* 2008, I-2483; *Virginie Pontin contro T-Comalux SA*, sentenza del 29 ottobre 2009, C-63/08, in *Raccolta* 2009, I-10467; *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL contro Administración del Estado*, sentenza del 26 gennaio 2010, C-118/08, in *Raccolta* 2010, I-635; *Günter Fuß contro Stadt Halle*, sentenza del 25 novembre 2010, C-429/09, in *Raccolta* 2010, I-12167; *Susanne Bulicke contro Deutsche Büro Service GmbH*, sentenza dell'8 luglio 2010, C-246/09, in *Raccolta* 2010, I-7003. V. TRSTENJAK V. e BEYSEN E., *European* cit., p. 97-98 e 101 nota 20.

[11] Par. 25.

In tale passaggio si riflette il paradigma concettuale al quale si è ispirata la Corte di giustizia e costantemente sotteso alle espressioni più recenti della giurisprudenza[12]. All'esistenza di posizioni soggettive complete da un punto di vista sostanziale, non corrisponde un sistema processuale adeguato. È quindi in virtù della mancanza di rimedi atti ad assicurare l'effettività delle norme "primarie" dell'Unione, che viene in essere la competenza degli ordinamenti nazionali. Questa costituisce il necessario complemento dell'esistenza di posizioni soggettive perfette che trovano origine nell'ordinamento dell'Unione.

È evidente, in questa costruzione, il mutamento di prospettiva concettuale rispetto ad una concezione fondata esclusivamente sul riparto di competenze. In tale prospettiva, il rinvio agli ordinamenti nazionali diviene infatti un corollario dell'esistenza, nell'ordinamento dell'Unione, di posizioni soggettive compiute ma prive di un apparato strumentale. Ne consegue che l'autonomia processuale e i suoi limiti costituiscono l'espressione di una competenza delegata nell'ambito delle norme secondarie, che gli Stati membri esercitano nell'interesse dell'Unione.

4. Rimedi processuali come completamento di posizioni soggettive stabilite dal diritto dell'Unione

Questa ispirazione concettuale si avverte per l'intera parabola dell'evoluzione giurisprudenziale.

Essa ha ispirato l'affermazione di rimedi restitutori concepiti come forme necessarie di garanzia dei diritti dei singoli[13]. Si legge, ad esempio, nella sentenza *San Giorgio* della Corte del 9 novembre 1983, che "il diritto di ottenere il rimborso di tributi riscossi da uno Stato in contrasto con le norme del diritto comunitario è la conseguenza ed il complemento dei diritti riconosciuti ai singoli dalle norme comunitarie che vietano le

[12] V. il paragrafo seguente.

[13] V. anche le sentenze *Aprile*, sentenza del 17 novembre 1998, C-228/96, in *Raccolta* 1998, I-7141, par. 17-18; *Metallgesellschaft e a.*, sentenza dell'8 marzo 2001, C-397 e C-410/98, in *Raccolta* 2001, I-1727, par. 84; *Test Claimants in the FII Group Litigation*, sentenza del 12 dicembre 2006, C-446/04, in *Raccolta* 2006, I-11753, par. 102; *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, sentenza del 13 marzo 2007, in *Raccolta* 2007, I-2107, C-524/04, par. 110. Su queste sentenze v. per tutti TRSTENJAK V. e BEYSEN E., *European* cit., p. 100. Analogo percorso argomentativo ha seguito la Corte riguardo alle procedure amministrative relative alle domande di pagamento di indennità ed ai termini di prescrizione ad esse attinenti. V. di recente *Barth*, sentenza del 15 aprile 2010, C-542/08, in *Raccolta* 2010, I-3189. V. per tutti TRSTENJAK V. e BEYSEN E., *European* cit., p. 100 e ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

tasse d'effetto equivalente a dazi doganali o, secondo i casi, l'applicazione discriminatoria di imposte interne"[14].

Una maggiore elaborazione concettuale di tale schema può essere avvertita nella giurisprudenza che ha ricostruito l'esistenza di una azione risarcitoria, nonché i limiti al suo esercizio, come autonoma articolazione dell'obbligo derivante dai Trattati di assicurare l'effettività del divieto di concludere accordi lesivi della concorrenza, che l'art. 85 (oggi 101 TFUE) del Trattato stabilisce nei rapporti orizzontale.

Tale schema emerge nitidamente nella sentenza *Courage*[15]. La Corte di giustizia era chiamata a verificare se il diritto al risarcimento del danno da attività anticoncorrenziali sorge anche a favore di una parte di un rapporto contrattuale concluso in violazione del divieto imposto agli individui dall'art. 85 del trattato CE (art. 101 TFUE). La Corte ha dapprima chiarito che diritti a favore di individui "sorgono non solo nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche in relazione agli obblighi che il medesimo impone in maniera ben definita ai singoli, agli Stati membri, alle istituzioni comunitarie"[16]. Dall'obbligo imposto agli Stati di assicurare l'effettività del divieto di accordi o pratiche contrarie al diritto antitrust, la Corte ha dapprima tratto la conseguenza generale della necessità di assicurare un rimedio risarcitorio a favore della parte di un rapporto contrattuale concluso in violazione delle norme antitrust. Peraltro, in via di eccezione, la Corte ha quindi limitato tale possibilità in ragione di una sorta di "concorso" nella violazione del diritto antitrust ad opera della parte che intendeva attivare tale rimedio. In particolare, sarebbe ben lecito per gli ordinamenti nazionali restringere tale possibilità qualora il contratto non sia stato stipulato in presenza di un grave squilibrio nella posizione negoziale fra le parti e la limitazione non possa

[14] V. *Amministrazione delle finanze dello Stato contro SPA San Giorgio,* sentenza del 9 novembre 1993, 199/82, in *Raccolta* 1983, 3595, par. 12. V. anche *Michailidis*, Sentenza del 21 settembre 2000, C-441-442/98, in *Raccolta* 2000, I-7145. V. per tutti: L. DANIELE, *Indebito comunitario e ordinamento italiano*, in *Il Foro it.* 1984, IV, pp. 298-303; MARESCA M., *L'integrazione fra il diritto comunitario e il diritto interno nella disciplina della ripetizione dell'indebito in materia fiscale comunitaria,* in *Diritto e pratica tributaria* 1984, II, pp. 3-18; WAELBROECK M., *La garantie du respect du droit communautaire par les Etats membres. Les actions au niveau national,* in *Cahiers de droit européen* 1985, pp. 37-48; TRSTENJAK V. e BEYSEN E., *European* cit., p. 101.

[15] *Courage Ltd contro Bernard Crehan e Bernard Crehan contro Courage Ltd e altri*, sentenza del 20 settembre 2001, C-453/99, in *Raccolta* 2001, I-6297. V. anche *Muñoz,* sentenza del 17 settembre 2002, C-253/00, in *Raccolta* 2002, I-7289. V. TULIBACKA M., *Europeanization of Civil Procedures: in Search of a Coherent Approach,* in *Common Market Law Rev.* 2009, p. 1531; TROCKER N., *Il diritto processuale* cit., p. 361 ss.

[16] Sentenza Courage, par. 19.

quindi trovare fondamento nella necessità di evitare un arricchimento senza causa di una parte che abbia, a propria volta, infranto la normativa antitrust nell'esercizio della propria libertà contrattuale.

Il carattere funzionale dei rimedi interni rispetto all'esigenza di affermare l'effettività di posizioni soggettive dell'Unione emerge in maniera particolare nel notissimo caso *Francovich*. Si legge, in un passaggio ormai dimenticato della sentenza: "(v)a constatato che sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro. La possibilità di risarcimento a carico dello Stato membro è particolarmente indispensabile qualora, come nella fattispecie, la piena efficacia delle norme comunitarie sia subordinata alla condizione di un'azione da parte dello Stato e, di conseguenza, i singoli, in mancanza di tale azione, non possano far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti loro riconosciuti dal diritto comunitario"[17].

A lungo la dottrina si è interrogata sulla stranezza sistematica del sistema originariamente affermato in *Francovich*, che assicura al singolo un rimedio in assenza di un sottostante diritto sostanziale. L'esistenza di un rimedio risarcitorio viene infatti in essere in conseguenza della inattuazione di una direttiva la quale da un lato determinava molti degli elementi essenziali per la formazione di un diritto soggettivo individuale e, d'altro lato, imponeva agli Stati membri di completare tale determinazione consentendo così il sorgere di una posizione soggettiva completa. Or bene, è difficile ricostruire un rimedio risarcitorio che consegue alla violazione di una posizione soggettiva carente dei suoi elementi essenziali e, per tanto, mai giuridicamente sorta.

Questa stranezza sistematica trova peraltro spiegazione qualora si ponga mente alla circostanza che il risarcimento del danno non consegue alla lesione di un diritto incompleto: figura difficilmente sostenibile sul piano della logica giuridica. In *Francovich*, il risarcimento del danno è invece concepito dalla Corte di giustizia come rimedio ancillare rispetto all'inadempimento dell'obbligo di uno Stato membro di individuare, at-

[17] *Francovich*, sentenza del 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, in *Raccolta* 1991, I-5357, par. 33 e 34. V. di recente BIONDI A., *In Praise of Francovich*, in POIARES PESSOA MADURO L.M. e AZOULAI L. (a cura di), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty,* Hart Publishing, Oxford, p. 413 ss.; LOCK T., *Is Private Enforcement of EU Law through State Liability a Myth? An Assessement 20 Years after Francovich,* in *Common Market Law Rev.* 2012, p. 1675 ss.; TROCKER N., *Il diritto processuale europeo e le «tecniche» della sua formazione: l'opera della Corte di giustizia, in Eur. e dir. priv.* 2010, p. 361 ss.

traverso un corrispondente esercizio di competenza, gli elementi mancanti ad una posizione soggettiva bensì prefigurata, ma non compiutamente definita, ad opera della normativa dell'Unione. In altri termini, il rimedio risarcitorio consegue all'esistenza di un "diritto al diritto" che sorge nell'ordinamento giuridico dell'Unione a favore degli individui e a carico degli Stati membri; di un diritto, cioè, a ché lo Stato membro completi, attraverso la propria attività normativa, le posizioni soggettive lasciate incompiute sulla base dell'ordinamento dell'Unione le quali, opportunamente completate, possano quindi spiegare pieno effetto a favore dei loro beneficiari.

È chiaro, allora, che il rimedio risarcitorio in *Francovich* non deriva dall'esistenza di un diritto sostanziale sottostante. Esso deriva invece proprio dall'inesistenza di tale diritto che non è mai sorto a causa dell'inadempimento di un obbligo statale: quello di completare una direttiva, attivando quindi i diritti che questa intende stabilire in capo agli individui.

5. Segue: *Rimedi processuali ed effettività del meccanismo di rinvio pregiudiziale*

Uno schema concettuale in parte diverso è quello in cui i rimedi nazionali vengono fondati non solo sull'esigenza di garantire posizioni soggettive individuali ma altresì su esigenze di carattere sistematico, quali quelle di assicurare l'effettività di un meccanismo processuale dell'Unione, quale quello del rinvio pregiudiziale.

Questo schema emerge con chiarezza in *Factortame*[18], che rappresenta probabilmente il caso paradigmatico di questa operazione ricostruttiva. Si legge al par. 21 della sentenza:

"(v)a aggiunto che la piena efficacia del diritto comunitario sarebbe del pari ridotta se una norma di diritto nazionale potesse impedire al giudice chiamato a dirimere una controversia disciplinata dal diritto comunitario di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la

[18] *The Queen contro Secretary of State For Transport, Ex Parte Factortame Ltd e Altri*, sentenza del 19 giugno 1990, C-213/89, in *Raccolta* 1990, p. I-2433. V. anche le sentenze *Siples Srl,* sentenza dell'11 gennaio 2001, C-226/99, in *Raccolta* 2001, I-277, par. 19; *Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd contro Justitiekanslern*, sentenza del 13 marzo 2007, C-432/05, in *Raccolta* 2007, I-2271, par. 67. V. per tutti TESAURO G., *Tutela cautelare e diritto comunitario,* in *Riv. it. di dir. pub. com.* 1992, p. 131 ss.. Di recente v. GIORDANO R., *Norme comunitarie illegittime e tutela cautelare: considerazioni critiche,* in *Giust. civ.* 2006, 2647; TRSTENJAK V. e BEYSEN E., *European* cit., p. 105-106, nota 38.

piena efficacia della pronuncia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario. Ne consegue che in una situazione del genere il giudice è tenuto a disapplicare la norma di diritto nazionale che sola osti alla concessione di provvedimenti provvisori".

A questa linea argomentativa, incentrata sulla tutela degli interessi processuale, la Corte ne ha però aggiunto una seconda, di carattere sistematico, relativa all'esigenza di assicurare appieno il funzionamento del meccanismo di tutela giurisdizionale dell'Unione. Si legge al par. 22: "(q)uesta interpretazione trova conferma nel sistema istituito dall' art. 177 del Trattato CEE, il cui effetto utile sarebbe ridotto se il giudice nazionale che sospende il procedimento in attesa della pronuncia della Corte sulla sua questione pregiudiziale non potesse concedere provvedimenti provvisori fino al momento in cui si pronuncia in esito alla soluzione fornita dalla Corte". Questa osservazione arricchisce notevolmente l'analisi della struttura e della funzione dei limiti all'autonomia processuale degli Stati membri. L'assenza di rimedi cautelari sul piano interno ben potrebbe, infatti, in caso di rinvio pregiudiziale, pregiudicare l'effetto utile del primato del diritto dell'Unione.

L'argomento utilizzato dalla Corte in *Factortame* non è qualitativamente diverso rispetto a quelli relativi alla necessità di assicurare l'effettività di norme sostanziali dell'Unione attraverso una corrispondente compressione dell'autonomia processuale degli Stati membri. Esso, semmai tende a rafforzare la struttura logica di tali argomenti prendendo in considerazione non solo norme di carattere sostanziale ma norme tese a salvaguardare il corretto funzionamento del sistema giurisdizionale dell'Unione. Nel fondare l'esistenza di efficaci rimedi provvisori nazionali sull'esigenza di garantire l'effettività del meccanismo di rinvio pregiudiziale, la Corte sembra quindi concepire tali rimedi come il completamento di tale meccanismo e, quindi, l'esercizio della giurisdizione cautelare interna come un importante articolazione dell'esercizio della giurisdizione pregiudiziale della Corte. Si tratta, vedremo subito, di una concezione che reca con sé importanti conseguenze, sul piano pratico non meno che su quello sistematico.

6. I criteri applicativi: A) L'equivalenza e le norme processuali nazionali "distintamente applicabili"

Se l'autonomia processuale rispondesse ad una logica analoga a quelle espresse internamente dai meccanismi di integrazione alternativi all'armonizzazione e, in particolare dal meccanismo del mutuo ricono-

scimento, il criterio dell'equivalenza avrebbe, in tale ambito, la funzione di esprimere il divieto di discriminazione fra il trattamento procedurale di fattispecie puramente interne rispetto a quello assicurato a fattispecie che ricadono nell'ambito di applicazione di norme dell'Unione. L'equivalenza si è quindi realizzata soprattutto attraverso l'estensione alle fattispecie "comunitarie" del trattamento processuale delle fattispecie puramente interne. In questa ottica, l'equivalenza esprime effettivamente una integrazione processuale di tipo prevalentemente "negativo".

Questa esigenza si è espressa, in maniera particolarmente evidente, nella giurisprudenza relativa alle normative interne degli Stati membri volte ad imporre soltanto a cittadini di Stati membri diversi da quello del foro il deposito di una *cautio iudicatum solvi* come condizione per poter instaurare il relativo giudizio nel foro.

Così in particolare nel caso *Hayes*, la Corte ha accertato che "anche se in mancanza di una disciplina comunitaria spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario, quest'ultimo pone tuttavia dei limiti a tale competenza [...]. Le norme considerate non possono infatti porre in essere discriminazioni nei confronti di soggetti cui il diritto comunitario attribuisce il diritto alla parità di trattamento né limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario"[19]. Di conseguenza la Corte ha concluso che "in una situazione in cui l'esercizio di un'azione è connesso all'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario, l'art. 6, n. 1, del Trattato va interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro esiga il deposito di una *cautio iudicatum solvi* da parte di un cittadino di un altro Stato membro che ha proposto dinanzi a un giudice civile del primo Stato un'azione contro un suo cittadino, qualora una condizione del genere non possa essere imposta ai cittadini di tale Stato che non risiedono e non hanno beni nel suo territorio"[20].

È rilevante notare come questa esigenza non abbia comportato anche l'applicazione di una sorta di una "equivalenza alla rovescia", nel senso che il principio di equivalenza non dovrebbe poter estendere a fattispecie di diritto dell'Unione europea, che godono di un trattamento processuale particolarmente favorevole, il trattamento assicurato a fattispecie nazionali da norme procedurali più restrittive.

[19] *Hayes,* sentenza del 20 marzo 1997, C-323/95, in *Raccolta* 1997, p. I-1711, par. 13. V. anche *Austin Saldanha,* sentenza del 2 ottobre 1997, C-122/96, in *Raccolta* 1997, p. I-5325.

[20] Sentenza Hayes, conclusioni.

Questa ipotesi è venuta in rilievo, ad esempio, nel caso *Kücükdeveci*[21], nel quale la Corte ha escluso che il principio della disapplicazione delle leggi contrarie al diritto dell'Unione possa essere subordinato ad una richiesta di rinvio pregiudiziale. Ciò, nonostante che una norma procedurale nazionale prevedesse che la disapplicazione di leggi interne contrarie alla Costituzione nazionale potesse solo far seguito ad un rinvio e alla conseguente pronuncia ad opera della Corte costituzionale nazionale.

Conviene notare come la Corte non si sia curata di sottolineare come tale conclusione derivi dal carattere unilaterale dell'equivalenza. L'equivalenza non rappresenta infatti, nel sistema concettuale della Corte, una esigenza di non discriminazione fra situazioni che ricadono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e situazioni che ricadono invece fuori da tale ambito. L'equivalenza rappresenta, infatti, uno *standard* minimo nel trattamento processuale delle posizioni sostanziali derivanti dal diritto dell'Unione. I rimedi processuali disposti dagli ordinamenti nazionali debbono assicurare un grado di tutela almeno equivalente a quella garantita alle posizioni soggettive interne corrispondenti. Sarebbe ben difficile trarre dal diritto dell'Unione, invece, una esigenza di parità nel trattamento processuale della prima e della seconda categoria di posizioni sostanziali.

La linea argomentativa della Corte punta invece in una direzione diversa. L'applicazione del criterio dell'equivalenza "alla rovescia" avrebbe comportato la trasformazione della facoltà di rinvio pregiudiziale in un vero e proprio obbligo per il giudice nazionale non di ultima istanza di proporre rinvio ai sensi dell'art. 267 del TFUE. Tale trasformazione, a propria volta, avrebbe implicato un indebolimento, e non certo un rafforzamento, dell'effettività delle norme dell'Unione negli ordinamenti nazionali[22]. È una logica di sistema, quindi, e non una logica di carattere

[21] *Kücükdeveci,* sentenza del 19 gennaio 2010, C-555/07, in *Raccolta* 2010, I-365. Su questa sentenza v. per tutti IANNUZZI L., *La sentenza sul caso* Kücükdeveci*: la Corte di giustizia applica la Carta dei diritti fondamentali nel suo valore vincolante*, in *Studi sull'integraz. eur.* 2011, 163 ss.; FAVILLI C. e GIUBBONI S., *Divieto di discriminazione in ragione dell'età ed efficacia diretta orizzontale dei principi generali dell'ordinamento europeo,* in *Massimario di giur. di lavoro* 2010, p. 442.

[22] Si legge nella sentenza, ai paragrafi 53 e 54: "la necessità di garantire piena efficacia al principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente nella direttiva 2000/78, comporta che il giudice nazionale, in presenza di una norma nazionale, rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, che ritenga incompatibile con tale principio e per la quale risulti impossibile un'interpretazione conforme a quest'ultimo, deve disapplicare detta disposizione, senza che gli sia imposto né gli sia vietato di sottoporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale. La facoltà così riconosciuta dall'art. 267, secondo comma, TFUE di chiedere alla Corte un'interpre-

tecnico, ad aver indotto la Corte a limitare la portata del criterio di equivalenza e a dare a esso un contenuto di carattere unidirezionale. La Corte sembra indicare come l'utilizzazione del criterio di equivalenza non possa comportare la distorsione del sistema del rinvio pregiudiziale e, attraverso esso, una più generale distorsione del principio del primato del diritto dell'Unione: un prezzo troppo alto da pagare rispetto all'esigenza di assicurare la parità di trattamento processuale delle situazioni soggettive europee rispetto a quelle nazionali. Si vedrà, nel prossimo paragrafo, come proprio la considerazione della coerenza del sistema dei rimedi propri del diritto dell'Unione sia stata utilizzata dalla Corte al fine di conformare il contenuto del principio dell'autonomia processuale degli Stati membri e dei suoi limiti.

7. Segue: b) *L'effettività e le norme processuali nazionali "indistintamente applicabili"*

Se il criterio dell'equivalenza tende ad assicurare la parità di trattamento processuale fra posizioni soggettive interne e posizioni soggettive fondate sul diritto dell'Unione, l'effettività tende piuttosto a garantire a queste ultime un trattamento particolare corrispondente alla loro massima efficacia.

L'effettività ha quindi costituito uno strumento di integrazione rispetto a norme processuali nazionali "indistintamente applicabili". Essa, difatti, tende ad assicurare che meccanismi processuali neutrali quanto all'origine delle posizioni soggettive vengano invece plasmati in relazione all'esigenza di effettività di una particolare categoria di esse: quelle, appunto che traggono origine nel diritto dell'Unione.

Questa notazione sembra definitivamente indicare che il sistema dei limiti all'autonomia processuale tende a valorizzare gli apparati processuali interni come parte integrante del sistema di rimedi atto a garantire l'effettività di norme sostanziali dell'Unione. Se si concepisce l'effettività in riferimento a situazioni soggettive fondate sul diritto dell'Unione europea, e rispetto alle quali i rimedi giurisdizionali nazionali

tazione pregiudiziale prima di disapplicare la norma nazionale contraria al diritto dell'Unione non può tuttavia trasformarsi in obbligo per il fatto che il diritto nazionale non consente a tale giudice di disapplicare una norma interna che egli ritenga contraria alla Costituzione, se tale disposizione non sia stata previamente dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale. Infatti, in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione, di cui gode anche il principio di non discriminazione in ragione dell'età, una normativa nazionale contraria, rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, deve essere disapplicata".

non ne consentano la piena realizzazione, tale criterio fuoriesce dai binari di una integrazione meramente negativa per assumere invece una obiettiva funzione di integrazione processuale "positiva", tesa cioè a conformare il sistema dei rimedi nazionali in maniera da assicurare il risultato voluto dalle norme sostanziali dell'Unione.

Questa funzione emerge, ad esempio, dal lungo dibattito relativo all'alternativa fra i rimedi risarcitori e i rimedi restitutori al fine di garantire l'effettività di posizioni soggettive europee: un'alternativa i cui echi possiamo cogliere anche nella giurisprudenza italiana.

In *von Colson,* del 1984, la Corte non aveva sciolto il dilemma, ma aveva lasciato al giudice nazionale la valutazione circa lo strumento che meglio possa assicurare tale effettività[23]. Si legge nella pronuncia:

"l'art. 6 impone agli Stati membri l'obbligo di adottare nel loro ordinamento giuridico interno i provvedimenti necessari per consentire a chiunque si consideri leso da una discriminazione 'di far valere i propri diritti per via giudiziaria'. Da questa disposizione discende che gli Stati membri sono obbligati ad adottare provvedimenti che siano sufficientemente efficaci per conseguire lo scopo della direttiva ed a far sì che tali provvedimenti possano essere effettivamente fatti valere dinanzi ai giudici nazionali dagli interessati. Detti provvedimenti possono, ad esempio, comprendere disposizioni che prescrivano al datore di lavoro di assumere il candidato discriminato o contemplino un adeguato risarcimento pecuniario, il tutto sanzionato da un sistema di ammende. Va tuttavia rilevato che la direttiva non impone una sanzione determinata, bensì lascia agli Stati membri la liberta di scegliere fra le varie soluzioni atte a conseguire lo scopo"[24].

Questa indicazione è stata svolta dalla giurisprudenza italiana, la quale ha tratto da essa delle conseguenze circa l'esigenza di dare prevalenza ai rimedi restitutori in luogo di quelli risarcitori, pur a costo di una distorsione del sistema normativo interno[25]

Né questa constatazione è smentita dalla circostanza che il criterio

[23] Cfr. Le sentenze *Sabine von Colson e Elisabeth Kamann contro Land Nordrhein-Westfalen*, sentenza del 10 aprile 1984, 14/83, in *Raccolta* 1984, 1891. V. anche *M. Helen Marshall contro Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, sentenza del 2 agosto 1993, C-271/91, in *Raccolta* 1993, I-4367, par. 23. In dottrina v. TROCKER N., *Il diritto processuale* cit., p. 361 ss.

[24] V. il par. 18 della sentenza.

[25] V., ad esempio, Tribunale di Siena, sezione lavoro, sentenza del 13 dicembre 2010, n. di ruolo 858/2010, non ancora pubblicata, disponibile in http://www.materialidirittoeuropeo.it. Il Tribunale ha quindi disapplicato la norma di legge nazionale – l'art. 36 d.lgs. 2001/n. 165 – che esclude la possibilità di riordinare il reintegro al lavoro del dipendente pubblico licenziato.

dell'effettività tenda talora a confondersi con quello, ben diverso concettualmente, della tutela giurisdizionale effettiva. Ciò è accaduto, ad esempio, nella sentenza *Alassini*[26], del 2010, nella quale Corte ha escluso che l'obbligo della mediazione obbligatoria possa di per sé violare il diritto di accesso al giudice assicurato dalla Direttiva 2002/22 CE in tema di servizio universale in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica[27]. La Corte ha indicato come, in certi casi, l'obbligo di mediazione obbligatoria potrebbe interferire con l'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale. Al di là dell'assonanza terminologica, i due criteri sono però concettualmente e praticamente assai diversi. Mentre il criterio dell'effettività tende ad assicurare una posizione soggettiva sostanziale, il criterio della tutela giurisdizionale effettiva tende piuttosto a garantire un bene di carattere processuale. Essi peraltro convergono, fino quasi ad identificarsi, allorché la posizione soggettiva derivante dal diritto dell'Unione, che deve trovare realizzazione attraverso le norme processuali nazionali, sia, paradossalmente, una posizione soggettiva di carattere processuale. Tale era, infatti, la situazione prospettata alla Corte nel caso *Alassini*, nel quale era in discussione proprio la compatibilità della procedura di mediazione obbligatoria con l'art. 34 della Direttiva servizio universale, che prevede l'obbligo di stabilire efficaci meccanismi di conciliazione extragiudiziale, che tuttavia non pregiudichino il diritto al ricorso giurisdizionale.

8. Effettività del sistema e definitività delle decisioni

Il sistema dei limiti all'autonomia processuale si distacca definitivamente dall'esigenza di garantire posizioni soggettive sostanziali, e si riconnette esclusivamente all'esigenza di assicurare il funzionamento dei meccanismi giudiziari dell'Unione, nella giurisprudenza in tema di definitività delle decisioni giudiziarie, e in ispecie delle pronunce giudiziarie civili.

È evidente la difficoltà di ricondurre tali orientamenti nell'alveo della tutela di posizioni soggettive assicurate dal diritto dell'Unione. Solo

[26] *Rosalba Alassini contro Telecom Italia SpA,* sentenza del 18 marzo 2010, C-317-320/08, in *Raccolta* 2010, I-2213. Cfr. Castellaneta M., *La soluzione extragiudiziaria delle controversie realizza pienamente l'obiettivo della Direttiva,* in *Guida al dir.* 2010, n.14, p. 27.

[27] Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale), in *GU* L 108, p. 51.

occasionalmente, infatti, il venir meno del carattere definitivo di decisioni giudiziarie in materia civile è risultato funzionale alla tutela di interessi individuali. In alcuni casi, anzi, esso è risultato addirittura in conflitto con diritti soggettivi individuali, quale il diritto alla stabilità delle pronunce giudiziarie definitive.

Il conflitto fra esigenze di rilievo sistematico proprie del diritto dell'Unione ed esigenze di tutela di interessi individuali alla base degli istituti relativi al giudicato assume valore paradigmatico nel caso *Lucchini*[28].

In *Lucchini*, la pronuncia della Corte appare preordinata alla salvaguardia del principio che impedisce ai giudici nazionali di disapplicare regole dell'Unione senza sollevare rinvio pregiudiziale di validità. Tale esigenza ha quindi prevalso rispetto alla contrastante esigenza di carattere individuale di avvalersi di una sentenza civile passata in giudicato[29]. In una lettura plausibile della sentenza, la conclusione della Corte è stata ispirata soprattutto dall'esigenza di salvaguardare l'integralità del sistema giudiziario dell'Unione e, in particolare, lo strumento del rinvio pre-

[28] *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato contro Lucchini SpA*, sentenza del 18 luglio 2007, C-119/05, in *Raccolta* 2007, I-6199. Cfr. BARATTA R., *La cosa giudicata non limita il principio della* primauté *... peraltro espulso dal progetto di riforma dell'Unione europea*, in *Giust. civ.* 2007, 12, 2659; CONSOLO C., *La sentenza Lucchini della Corte di giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?,* in *Riv. dir. processuale* 2008, 225 ss.; TROCKER N., *Il diritto processuale* cit., p. 361 ss..

[29] Analoga conclusione è da trarre dalla sentenza *Olimpiclub*, nella quale l'esigenza di tutela del sistema obiettivo dell'Unione era preordinata ad impedire che lo strumento del giudicato esterno precludesse perpetuamente l'applicazione del diritto dell'Unione al di là dei limiti propri del classico istituto del giudicato, sentenza del 3 settembre 2009, C-2/08, in *Raccolta* 2009, I-07501. V. GALETTA D.U., *Riflessioni sulla più recente giurisprudenza comunitaria in materia di giudicato nazionale (ovvero sull'autonomia procedurale come competenza procedurale funzionalizzata),* in *Il Dir. dell'Unione eur.* 2009, 961 ss.; CONSOLO C., *Il percorso della Corte di giustizia, la sentenza* Olimpiclub *e gli eventuali limiti di diritto europeo all'efficacia esterna ultrannuale del giudicato tributario (davvero ridimensionato in funzione antielusiva IVA del divieto comunitario di abusi della libertà negoziale),* in *Riv. dir. trib.* 2010, p. 1143; TIZZANO A. e GENCARELLI B., *Droit de l'Union et décision nationales définitives dans la jurisprudence récente de la Cour de justice,* in *Il Dir. dell'Unione eur.* 2010, p. 789 ss..

In *Asturcom*, essa era tesa ad affermare l'equiparazione di una clausola imperativa derivante dal diritto dell'Unione rispetto a quelle assicurate dal diritto interno. V. *Asturcom Telecomunicaciones SL contro Cristina Rodríguez Nogueira,* cit. V. RAITI G., *Le pronunce Olimpiclub ed Asturcom Telecomunicaciones: verso un ridimensionamento della paventata "crisi del giudicato civile nazionale" nella giurisprudenza della Corte di giustizia,* in *Riv. dir. process.* 2010, p. 677 ss.; TRSTENJAK V. e BEYSEN E., *European* cit., p. 119.

giudiziale, concepito come strumento di raccordo fra sistema procedurale nazionale e sistema procedurale europeo[30].

Questa tendenza si è ulteriormente espressa in altre pronunce che conviene ora esaminare.

Nella sentenza *Elchinov*[31], del 2010, la Corte di giustizia ha accertato come l'esigenza di applicare correttamente il diritto dell'Unione, nell'interpretazione ad esso data dalla Corte di giustizia, prevalga sul vincolo generalmente imposto in vari ordinamenti nazionali al giudice di rinvio di rispettare il principio di diritto stabilito dal giudice superiore. In *Elchinov*, invero, il giudice del rinvio intendeva proprio sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte a costo di discostarsi dal principio di diritto definitivamente delibato da un giudice di ultima istanza in contrasto con una precedente pronuncia interpretativa della Corte di giustizia[32]. La sentenza sembra quindi fondare il dovere del giudice nazionale di non applicare il precetto stabilito dal giudice superiore nell'esigenza di mantenere inalterata la facoltà del giudice di rinvio di sollevare una questione interpretativa innanzi alla Corte di giustizia. È evidente che tale esigenza non sia collegata con la garanzia di posizioni soggettive individuali, dato che, come è ovvio, non vi è alcuna certezza che l'interpretazione del diritto dell'Unione ad opera della Corte di giustizia risulti più soddisfacente per gli interessi individuali rispetto a quella proveniente dai giudici nazionali.

L'esigenza di sistema collegata alla salvaguardia dei meccanismi giudiziari dell'Unione viene ancor più chiaramente in rilievo nel caso *Interedil*[33], e sembra addirittura condensandosi in una dottrina giudiziaria compiuta.

[30] Questo aspetto ha riguardato altresì l'analoga evoluzione che ha interessato l'istituto della definitività di decisioni amministrative. V. le sentenze *Kühne & Heitz*, sentenza del 13 gennaio 2004, C-453/00, in *Raccolta* 2004, I-837; *Willy Kempter KG contro Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, sentenza del 12 febbraio 2008, C-2/06, in *Raccolta* 2008, I-411. V. sul punto CANNIZZARO E., *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 447 ss.

[31] *Georgi Ivanov Elchinov contro Natsionalna zdravnoosiguritelna kasa,* sentenza del 5 ottobre 2010, C-173/09, in *Raccolta* 2010, I-8889.

[32] Espressamente la sentenza indica che, "benché la questione da esso [giudice del rinvio] sottoposta alla Corte non sembri escludere l'ipotesi in cui un giudice nazionale intenda statuire senza rinvio pregiudiziale, discostandosi dalle valutazioni in diritto formulate sulla medesima causa dall'organo giurisdizionale nazionale di grado superiore, che esso giudichi non conformi con il diritto dell'Unione, si deve constatare che questo non corrisponde al caso di specie, poiché il giudice del rinvio ha investito la Corte di una domanda di pronuncia pregiudiziale diretta a chiarire i dubbi che esso nutre in merito alla corretta interpretazione del diritto dell'Unione". Così il par. 23.

[33] *Interedil Srl, in liquidazione contro Fallimento Interedil Srl e Intesa Gestione Crediti SpA*, sentenza del 20 ottobre 2011, C-396/09, non ancora pubblicata. V. HONORATI C., *Higher Courts, Lower Courts and Preliminary Ruling: A Lesson from Interedil,* in *Int'l Lis* 2012, 134 ss.

In *Interedil*, la Corte di giustizia ha accertato che un giudice vincolato all'osservanza di un principio di diritto adottato da un giudice nazionale di grado superiore ha il dovere di discostarvisi "qualora risulti che le valutazioni svolte dal giudice di grado superiore non sono conformi al diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte"[34]. Evidente il significato sistematico della pronuncia. Essa porta a compimento il percorso già intrapreso da *Elchinov*[35], ricomprendendo nel sistema concettuale di questo precedente anche l'ipotesi in cui il giudice di rinvio non intenda procedere al rinvio pregiudiziale, ma intenda disapplicare il principio di rinvio del giudice superiore fondandosi esclusivamente sull'esistenza di un previo indirizzo interpretativo della Corte di giustizia, la cui mancata osservanza è all'origine del carattere claudicante del principio di diritto formulato dal giudice superiore[36].

Due possono quindi essere le chiavi di lettura di questa pronuncia. Da un lato, essa potrebbe semplicemente colloca nel solco tracciato da *Lucchini* svolgendone l'idea che la definitività di una decisione giudiziaria debba necessariamente venir meno allorché essa si fondi sull'inadempimento rispetto all'obbligo del giudice di sollevare rinvio pregiudiziale. Nella sentenza *Lucchini*, non pronunciata da un giudice di ultima istanza, tale obbligo derivava direttamente dalla applicazione del sistema *Foto Frost*[37]: in forza di esso, un giudice, sia pure non di ultima istanza, non può disapplicare una norma di diritto dell'Unione senza previamente chiedere alla Corte di giustizia di dichiararne l'invalidità. In *Interedil*, vi era, in effetti, un inadempimento del giudice di ultima istanza che aveva formulato il principio di diritto senza attenersi all'obbligo di sollevare rinvio pregiudiziale per la soluzione di una questione interpretativa che non soddisfaceva i criteri stabiliti dalla sentenza *CILFIT*[38]. In questa prospettiva, quindi, *Interedil* si limiterebbe a perfezionare il sistema *Lucchini* estendendone la portata ai casi in cui l'obbligo del giudice nazionale di sollevare rinvio pregiudiziale si riferisca ad una questione interpretativa.

[34] Sentenza *Interedil*, par. 34.

[35] *Georgi Ivanov Elchinov* cit., V. MENGOZZI P., *I rimedi procedurali in materia di appalti pubblici, l'autonomia procedurale degli Stati membri dell'UE ed il caso* Symvoulio, in *Studi sull'integraz. eur.* 2012, 137 ss..

[36] In senso analogo, rispetto all'effetto vincolante per un giudice di merito di ultima istanza di una sentenza della Corte costituzionale, cfr. la recente sentenza Križan, 15 gennaio 2013, C‑416/10, par. 62 ss., non ancora pubblicata. V. anche *Bericap Záródástechnikai Bt. contro Plastinnova 2000 Kft.,* sentenza del 15 novembre 2012, C-180/11, non ancora pubblicata, par. 55.

[37] *Foto-Frost contro Hauptzollamt Lübeck-Ost*, sentenza del 22 ottobre 1987, 314/85, in *Raccolta* 1987, 4199.

[38] *Srl CILFIT e Lanificio di Gavardo SpA contro Ministero della sanità*, sentenza del 6 ottobre 1982, 283/81, in *Raccolta* 1982, 3415.

Vi è però una seconda, prospettiva, forsanche più ricca di implicazioni teoriche.

In *Interedil*, a differenza di quanto occorso in *Elchinov*, la Corte ha indicato come la disapplicazione di un principio vincolante di diritto stabilito da una giurisdizione superiore possa venir meno anche qualora il giudice del rinvio non intenda procedere ad un rinvio pregiudiziale, ma voglia semplicemente conformarsi ad un previo indirizzo interpretativo della Corte di giustizia. Questa considerazione sembra evidenziare, quindi, come il giudice nazionale, pur se non decida in ultima istanza, non disponga di una discrezionalità piena nell'interpretare il diritto dell'Unione europea. In presenza di un orientamento interpretativo della Corte di giustizia, il giudice nazionale non di ultima istanza ha invece un dovere giuridico di conformarsi a tale orientamento, a meno che non decida di sollevare rinvio pregiudiziale e promuovere, quindi, una sua revisione.

In questa prospettiva, quindi, la sentenza *Interedil* presuppone l'applicazione alle questioni interpretative del medesimo modello di rapporti fra giudici nazionali non di ultima istanza e Corte di giustizia, originariamente elaborato da quest'ultima nella sentenza *Foto Frost* in riferimento solo alle questioni di validità.

Se si accogliesse quest'idea, ne dovrebbe risultare ulteriormente confermata l'idea che il limite al principio dell'autonomia processuale, e la disapplicazione di istituti processuali nazionali, possa trovare fondamento primario nell'esigenza di salvaguardare il complesso meccanismo di cooperazione fra giurisdizione dell'Unione e giurisdizioni nazionali.

DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E PROCESSO PENALE

Roberto MASTROIANNI·

SOMMARIO: 1. L'incidenza del diritto dell'Unione sul diritto processuale penale nazionale: i principi generali. – 2. Il progressivo svuotamento della riserva di competenza statale in materia penale. – 3. I risultati della prassi: una verifica in itinere sull'applicazione interna della decisione quadro sul mandato di arresto europeo. – 4. *Segue*: i motivi di rifiuto della consegna: A) limiti massimi della carcerazione preventiva; B) esecuzione della pena in Italia; C) processo equo e tutela dei principi costituzionali nazionali.

1. L'incidenza del diritto dell'Unione sul diritto processuale penale nazionale: i principi generali

Qualsiasi analisi dell'impatto del diritto dell'Unione europea sulle regole nazionali relative al processo penale non può non considerare preliminarmente che "se la legislazione penale e le norme di procedura penale, nel novero delle quali rientra la controversa disposizione nazionale, *sono in linea di principio riservate alla competenza degli Stati membri*, tuttavia dalla giurisprudenza costante della Corte risulta che *il diritto comunitario pone dei limiti a tale competenza*. Le norme considerate non possono infatti porre in essere discriminazioni nei confronti di soggetti cui il diritto comunitario attribuisce il diritto alla parità di trattamento né limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario" (corsivo aggiunto).

La massima è tratta dalla sentenza del 2 febbraio 1989, *Cowan c. Trésor public*[1], uno dei primi interventi della Corte di giustizia nella materia del processo penale. Esso trova origine dalla contestazione, dinanzi al giudice francese, del rifiuto opposto al signor Cowan, di nazionalità inglese, di avere accesso ad un fondo di garanzia per la tutela risarcitoria delle vittime di reati violenti, a causa di regole discriminatorie in base alla nazionalità. L'affermazione della Corte giungeva dunque in replica

· Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli studi di Napoli "Federico II".

[1] Causa 186/87, in *Raccolta*, p. 169, punto 19.

alla pretesa del Governo francese secondo cui "un indennizzo paragonabile a quello di cui è causa nel procedimento principale sfugge al divieto di discriminazioni in quanto appartenente all'ordinamento processuale penale che non rientra nella sfera di applicazione del trattato"[2].

La stessa formula, che postula una (sia pure condizionata) riserva di competenza degli Stati membri in materia penale, si rinviene anche in sentenze più recenti. In *Bickel e Franz*[3], ad esempio, i due imputati – uno cittadino austriaco, l'altro tedesco – lamentavano di non poter usufruire, in un processo dinanzi al giudice di Bolzano, dello stesso vantaggio garantito agli italiani di lingua tedesca residenti in quella provincia, vale a dire l'utilizzo del tedesco come lingua processuale in tutte le fasi del processo. La Corte di giustizia dunque, premesso che "nella misura in cui possa riguardare il diritto alla parità di trattamento dei cittadini degli Stati membri che esercitano il diritto di circolare e soggiornare in un altro Stato membro, una normativa nazionale relativa alla lingua processuale applicabile dinanzi ai giudici penali di tale Stato dev'essere conforme all'art. 6 del Trattato" (punto 18), ha giudicato la disciplina italiana non conforme a detta disposizione (oggi art. 18 TFUE). Secondo la Corte, infatti, "una normativa, come quella di cui trattasi nella causa *a qua*, che subordina il diritto di ottenere che, nel territorio di un determinato ente locale, un procedimento penale si svolga nella lingua dell'interessato a condizione che quest'ultimo risieda in tale territorio favorisce i cittadini dello Stato in questione rispetto ai cittadini degli altri Stati membri che esercitano il proprio diritto alla libera circolazione e, di conseguenza, è in contrasto con il principio di non discriminazione affermato all'art. 6 del Trattato" (punto 24).

Ancora più di recente, il medesimo approccio si rinviene nella nota sentenza *El Dridi*[4], relativa all'introduzione in Italia del reato di immigrazione clandestina. Come noto, con questa sentenza la Corte ha chiarito che la direttiva 2008/115 osta ad una normativa nazionale che preveda la pena della reclusione per il solo motivo che un cittadino di un Paese terzo, che soggiorni irregolarmente in uno Stato membro, vi permanga in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato. Al punto 53 della sentenza vengono ribaditi i limiti che l'ordinamento UE pone agli Stati membri in materia, peraltro con una formula che appare assumere una portata più ampia quanto ai possibili

[2] Sentenza *Cowan*, cit., punto 18.

[3] Sentenza 24 novembre 1988, causa C-274/96, in *Raccolta*, p. I-7637, punto 17. Nello stesso senso, *ex multis*, le sentenze 6 giugno 1998, causa C-226/97, *Lemmens*, ivi, p. I-3711, punto 19; 19 gennaio 1999, causa C-348/96, *Calfa*, ivi, p. I-11, punto 17.

[4] Sentenza 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, in *Raccolta*, p. I-3015.

punti di frizione tra ordinamenti nazionali e diritto dell'Unione Europea; secondo la Corte, infatti, "Occorre tuttavia rilevare che, se è vero che la legislazione penale e le norme di procedura penale rientrano, in linea di principio, nella competenza degli Stati membri, su tale ambito giuridico può nondimeno incidere il *diritto dell'Unione*" (corsivo aggiunto). Il livello d'incidenza dell'ordinamento UE assume dunque un carattere più generale e non limitato alle "sole" ipotesi di discriminazione o violazione delle libertà fondamentali.

Con riferimento a questa pronuncia, va poi sottolineata un'ulteriore significativa differenza rispetto ai casi menzionati in precedenza: se in quest'ultimi lo scrutinio delle regole interne veniva effettuato in assenza di una disciplina comunitaria della materia (l'indennizzo delle vittime dei reati, nel primo caso; la scelta della lingua del processo, nel secondo), nel caso *El Dridi* la valutazione rimessa alla Corte concerneva lo spazio di discrezionalità riconosciuto allo Stato membro da una direttiva (la c.d. direttiva "rimpatri", n. 2008/115). Come risulta dalla sentenza, al punto 52, "per quanto riguarda, poi, le misure coercitive che gli Stati membri possono adottare ai sensi dell'art. 8, n. 4, della direttiva 2008/115, in particolare l'accompagnamento coattivo alla frontiera previsto all'art. 13, comma 4, del decreto legislativo n. 286/1998, è giocoforza constatare che, in una situazione in cui tali misure non abbiano consentito di raggiungere il risultato perseguito, ossia l'allontanamento del cittadino di un paese terzo contro il quale sono state disposte, *gli Stati membri restano liberi di adottare misure, anche penali, atte segnatamente a dissuadere tali cittadini dal soggiornare illegalmente nel territorio di detti Stati*" (corsivo aggiunto). Tuttavia, nell'adottare queste misure dissuasive, gli Stati non possono "compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e da privare così quest'ultima del suo effetto utile". Tale era il caso, secondo la Corte, della disciplina adottata in Italia, posto che l'applicazione di pene detentive nei confronti del soggiornante irregolare, ritardando l'esecuzione della decisione di rimpatrio, era capace di mettere a repentaglio l'obiettivo principale della direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi, il cui soggiorno sia irregolare (punto 59).

È poi significativo rilevare che, nelle pronunce più recenti (o almeno in alcune di esse), la Corte – nel risolvere i rapporti tra l'ordinamento dell'Unione e quelli nazionali nel settore penale – abbia in qualche modo invertito i termini della questione: piuttosto che assumere come presupposto la "riserva di competenza" in favore degli Stati, essa ha usato come punto di partenza il diritto dell'Unione. Come si legge nella sen-

tenza *Procedimento penale a carico di Jochen Dickinger e Franz Ömer*, del 15 settembre 2011[5], "risulta da una costante giurisprudenza della Corte che il diritto dell'Unione impone dei limiti alla competenza degli Stati membri in materia penale, dovendosi tener conto del fatto che una legislazione riguardante questa materia non può, in particolare, limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto dell'Unione".

2. Il progressivo svuotamento della riserva di competenza statale in materia penale

Gli esempi giurisprudenziali citati mostrano con tutta evidenza il *progressivo svuotamento* della riserva di competenza statale in materia penale, in ragione della graduale espansione della disciplina dell'Unione dovuta sia alle modifiche dei Trattati (in particolare a seguito dell'introduzione delle disposizioni dell'*ex* terzo pilastro), sia alla legislazione derivata che su di esse trova fondamento.

In definitiva, l'incidenza del diritto dell'Unione sul diritto processuale penale nazionale è forse meno evidente, o meno consolidata, di quella esercitata sul processo civile o amministrativo[6], ma pur sempre estremamente rilevante (e, in prospettiva, sempre più determinante) almeno da due punti di vista.

A - Vengono in rilievo, in primo luogo, i casi in cui lo svolgimento del processo penale nazionale viene di fatto inibito (o, se l'azione penale ha avuto inizio, lo stesso si conclude con archiviazione o con sentenza assolutoria) quando la pretesa punitiva dello Stato si fonda su precetti giuridici interni non conformi al diritto dell'Unione. Alla luce della giu-

[5] Causa C-347/09, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 31. Nelle sue Conclusioni del 31 marzo 2011, a fronte della domanda del giudice *a quo* di chiarire "se una normativa di uno Stato membro che sanziona penalmente chiunque contravvenga ad un monopolio di gestione di giochi d'azzardo – come il monopolio di gestione delle lotterie elettroniche previsto dal diritto austriaco – debba essere conforme alle libertà di circolazione e, in particolare, all'art. 49 CE, malgrado che il diritto penale rientri nella competenza degli Stati membri", l'Avv. Gen. Bot replicava che "indubbiamente, la materia penale era, all'epoca dei fatti della causa principale, di competenza esclusiva degli Stati membri, e in larga misura continua ad esserlo, nonostante le riforme apportate dal Trattato di Lisbona. Tuttavia, per giurisprudenza costante, ciascuno degli Stati membri, nell'esercizio delle competenze che gli sono riservate, deve rispettare gli impegni assunti nell'ambito del Trattato CE e, in particolare, le libertà di circolazione". L'Avv. Gen. concludeva che "una disposizione del diritto di uno Stato membro non può dunque essere esclusa dal campo di applicazione delle libertà di circolazione e, pertanto, cessare di soggiacere all'obbligo di conformità a tali libertà per il semplice motivo che essa fa parte del diritto penale dello Stato suddetto" (par. 45-47).

[6] Si vedano, in questo volume, le relazioni di Enzo Cannizzaro e Luigi Daniele.

risprudenza della Corte di giustizia, questa conclusione si impone quale che sia la norma dell'Unione che funge da parametro di legittimità, si tratti cioè di principi generali del diritto, di norme del Trattato o di regole contenute in atti delle istituzioni, comprese le direttive. In tutti questi casi, la norma UE, se contiene un precetto chiaro, preciso ed incondizionato, funge da *scudo* rispetto all'applicazione di precetti penali statali, comportando la disapplicazione della norma interna che li contiene.

La prassi in materia (che prende le mosse da pronunce della Corte di giustizia risalenti agli anni settanta, come la sentenza *Ratti*[7]) è molto ampia: tuttavia, nella giurisprudenza italiana più recente è il caso di segnalare, per l'incidenza che ha avuto nello sviluppo della giurisprudenza comunitaria, l'enorme contenzioso concernente *la disciplina dei giochi e delle scommesse*, posto che la violazione delle regole interne in tema di divieto di giochi e di *numerus clausus* delle autorizzazioni comportava l'irrogazione di sanzioni penali ex art. 4 L. n. 401/1989[8]. Nella sentenza *Placanica*[9] (nonché, all'interno dello stesso filone, nella più recente sentenza *Costa e Cifone*[10]), riprendendo ed approfondendo i principi già espressi nella sentenza *Gambelli*[11], la Corte di giustizia ha ritenuto incompatibile con i principi del mercato interno (le libertà di stabilimento e di prestazione di servizi) la normativa italiana in materia di scommesse, in quanto comportava l'esclusione dalla partecipazione alle gare delle società di capitali e prevedeva sanzioni penali nei confronti di chi, illegittimamente escluso per tale motivo dal mercato, esercitasse l'attività di raccolta di scommesse in collegamento in via telematica con società aventi sede in altri Stati europei. La Corte ha dunque chiarito che uno Stato membro non può applicare una sanzione penale per il mancato

[7] Sentenza del 5 aprile 1979, *Ratti,* causa 148/78, in Raccolta, p. 1629.

[8] *Ex multis*, cfr. le sentenze della Corte di Cassazione, III sez. penale, nn. 16969 del 2008, 2418 del 2008, 18040 del 2007, con cui è stata esclusa la sussistenza del reato di cui all'art. 4 L. n. 401/1989, poiché detta norma si pone in contrasto con i principi comunitari di cui agli artt. 43 e 49 Trattato UE (oggi artt. 49 e 56 TFUE) e, comunque, non appare giustificata da finalità di controllo per motivi di ordine pubblico.

[9] Sentenza 6 marzo 2007, *Placanica* e a., cause C-338/04, C-359/04 e C-360/04 (in *Raccolta*, p. I-1891), e del 13 settembre 2007: v. anche la sentenza *Commissione/Italia*, causa C-260/04 (ivi, p. I-7083).

[10] Sentenza 16 febbraio 2012, cause riunite C-72/10 e C-77/10, non ancora pubblicata nella Raccolta, concernente la successiva disciplina (decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, c.d. «decreto Bersani»), asseritamente adottata per recepire le indicazioni della Corte: anch'essa è stata oggetto di valutazione negativa da parte della Corte di giustizia.

[11] Sentenza 6 novembre 2003, *Gambelli et al*., causa C-243/01, in *Raccolta*, p. I-13031.

espletamento di una formalità amministrativa, qualora l'adempimento di tale formalità venga rifiutato o sia reso impossibile dallo Stato membro interessato in violazione del diritto dell'Unione (punto 69).

Rimane sullo sfondo, come sostenuto da Cass. pen., Sez. III, 16 maggio 2012, n. 18767, la possibilità di inibire l'attività e quindi sanzionarla penalmente per motivi imperativi di interesse generale, e in particolare per finalità di tutela dell'ordine pubblico e di lotta alla criminalità, ma solo a condizione che le misure adottate siano idonee, proporzionate e coerenti rispetto all'obiettivo perseguito[12].

Molto meno condivisibile è invece l'affermazione, sempre contenuta nella sentenza ora citata, secondo cui "la non applicazione di una norma nazionale da parte del giudice è possibile soltanto allorché si sia in presenza di un *diretto contrasto tra una puntuale norma interna con un altrettanto puntuale precetto comunitario*, che dovrebbe essere applicato al posto della norma interna incompatibile con esso. Situazione questa che può verificarsi, ad esempio, *quando un principio generale posto dal Trattato CE sia stato specificato e concretizzato da una decisione della Corte di giustizia*, assumendo così la norma comunitaria carattere immediatamente precettivo, e dandosi pertanto luogo non ad un rapporto di *conformità – non conformità* ma di *applicabilità – non applicabilità*, in quanto l'applicazione di una norma esclude l'applicabilità dell'altra" (corsivi aggiunti). Quando invece – continua la Corte – si sia in presenza di una situazione di *non conformità* di una norma nazionale ad un *principio generale* del diritto comunitario, il giudice nazionale ha il dovere di operare una interpretazione conforme, ma, se questa non è possibile, egli è tenuto a sollevare questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia, *ovvero* una questione di legittimità costituzionale della norma interna per violazione dell'art. 117 co. 1 Cost. Affermano sul punto i giudici della Suprema Corte che "non si tratterebbe, infatti, di 'non applicare' la norma italiana per applicare al suo posto la puntuale norma comunitaria incompatibile, bensì in sostanza di, per così dire, 'disapplicare' o 'eliminare' la norma interna per la non conformità con un principio generale dell'ordinamento comunitario, compito questo che però spetta esclusivamente alla Corte costituzionale, la cui sfera di attribuzioni verrebbe in

[12] Cass. pen., Sez. III, 8 febbraio/16 maggio 2012, n. 18767, *Ferraro*, in *www.diritto penale contemporaneo.it*, con commento di C. PARODI E F. VIGANÒ, *Una (problematica) sentenza della Cassazione in tema di raccolta abusiva di scommesse e di rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione europea*. Nella giurisprudenza comunitaria si veda da ultimo la sentenza 24 gennaio 2013, cause riunite C-186/11 e C-209/11, *Stanleybet International Ltd*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

pratica aggirata se si ammettesse una sorta di controllo diffuso di compatibilità comunitaria".

Ora, è evidente che una distinzione del genere non è corretta, identico essendo il risultato che il giudice nazionale è tenuto a garantire in presenza di una situazione di antinomia quale quella rilevata dalla Cassazione: in particolare, le regole del Trattato che vietano restrizioni al godimento delle libertà economiche fondamentali, lungi da rappresentare soltanto "principi generali" bisognosi di un intervento della Corte di giustizia per essere tradotti in regole puntuali, sono "chiare, precise ed incondizionate", come tali capaci di produrre effetti diretti negli ordinamenti interni e dunque di impedire l'applicazione di regole nazionali difformi[13]. Lo stesso vale per le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali e per i principi generali del diritto[14]. Ne discende che, in presenza di una tale situazione di antinomia, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia non è certo obbligatorio affinché il giudice proceda alla *disapplicazione* della regola interna[15]. Il ricorso alla Corte costituzionale, poi, sempre alla luce di una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia[16] e della Consulta[17], è necessario soltanto qualora la norma interna

[13] Le citazioni sarebbero davvero superflue, ma, in via esemplificativa, si veda in materia di libera circolazione dei servizi nel settore delle scommesse e v. la già citata sentenza *Dickinger e Ömer*, punto 32: "Occorre dunque risolvere la seconda questione dichiarando che il diritto dell'Unione, e segnatamente l'art. 49 CE, osta alla comminatoria di sanzioni penali per la violazione di un monopolio di gestione di giochi d'azzardo, quale il monopolio di gestione dei giochi di casinò commercializzati tramite Internet previsto dalla normativa nazionale oggetto della causa principale, nel caso in cui tale normativa non sia conforme alle disposizioni del citato diritto dell'Unione".

[14] V. da ultimo la sentenza 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, punti 45 ss., con riferimento al principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 50 della Carta.

[15] Nella giurisprudenza della Corte costituzionale v., *ex multis*, la sentenza n. 284 del 2007, relativa precisamente ad un contrasto tra norme interne e regole del Trattato in materia di mercato interno. Sia consentito in merito un rinvio a R. MASTROIANNI, *L'ordinamento giuridico nazionale nei rapporti con le regole dell'Unione europea. La posizione della Corte costituzionale italiana*, in *Studi Mengozzi*, Napoli, 2010, p. 59 ss.

[16] Il riferimento (ovvio) è innanzitutto alla sentenza 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, in *Raccolta*, p. 630. Nella sentenza 19 novembre 2009, causa C-314/08, *Filipiak* (ivi, p. I-11049), in cui veniva in rilievo anche una diversità di soluzioni rispetto alla posizione assunta dalla Corte costituzionale polacca quanto alla data di perdita di efficacia delle norme interne incompatibili, la Corte ha ribadito le conclusioni della sentenza Simmenthal, precisando che "Secondo una giurisprudenza costante, il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto comunitario ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale (..). In forza del principio del primato del diritto comunitario, il conflitto tra una disposizione normativa nazionale e una disposizione del Trattato direttamente applicabile si risolve, per un giu-

risulti in conflitto con una norma dell'Unione *non* dotata di efficacia diretta, come nel caso delle direttive (se invocate contro il singolo) o delle decisioni-quadro.

Di estremo interesse è poi il contenzioso recente in tema di *immigrazione clandestina*[18], nonché quello relativo alla compatibilità comunitaria delle regole interne in tema di *distribuzione di opere dell'ingegno prive del contrassegno SIAE*[19]. Anche in questi casi, sono state le pronunce della Corte di giustizia (la già citata *El Dridi*, nel primo caso, *Schwibbert*[20] nel secondo) ad inibire la pretesa punitiva dello Stato nei

dice nazionale, con l'applicazione del diritto comunitario, disapplicando, se necessario, la disposizione nazionale confliggente, e non dichiarando la nullità della disposizione nazionale, in quanto la competenza al riguardo degli organi e dei giudici è riservata a ciascuno Stato membro. In tale contesto si deve ricordare che la Corte ha già dichiarato che l'incompatibilità con il diritto comunitario di una norma di diritto nazionale successiva non ha l'effetto di rendere quest'ultima inesistente. Posto di fronte a una situazione del genere, il giudice nazionale è obbligato a disapplicare tale norma, fermo restando che quest'obbligo non limita il potere dei giudici nazionali competenti di applicare, tra i vari mezzi offerti dall'ordinamento interno, quelli che appaiono loro più appropriati per tutelare i diritti attribuiti agli individui dal diritto comunitario (...). Ne risulta che, in una situazione come quella del ricorrente nella causa principale, il rinvio, da parte del Trybunał Konstytucyjny, della data in cui le disposizioni controverse perderanno la loro efficacia vincolante non impedisce al giudice del rinvio, conformemente al principio del primato del diritto comunitario, di disapplicare tali disposizioni nell'ambito della causa di cui è investito qualora le consideri contrarie al diritto comunitario. Dal momento che, come risulta dal punto 74 della presente sentenza, la prima questione è stata risolta nel senso che gli artt. 43 CE e 49 CE ostano a disposizioni nazionali quali quelle controverse nella causa principale, si deve risolvere la seconda questione nel senso che, in tali circostanze, il primato del diritto comunitario impone al giudice nazionale di applicare il diritto comunitario e disapplicare le disposizioni nazionali contrarie, indipendentemente dalla sentenza del giudice costituzionale nazionale che ha deciso di rinviare la perdita dell'efficacia vincolante delle stesse disposizioni, dichiarate incostituzionali" (punti 81-85).

[17] Sentenza n. 28 del 2010.

[18] *Ex multis*, cfr. le sentenze della Corte di Cassazione: sez. I pen., 28 aprile 2011, n. 24009; sez. I pen., 3 maggio 2011, n. 22831; sez. VI pen., 8 settembre 2011, n. 18841; sez. I pen., 23 settembre 2011, n. 36451.

[19] *Ex multis*, cfr. Corte di Cassazione, sez. III pen., 2 aprile 2008 n° 13810 sez. VII pen., 6 marzo 2008, n. 21579; sez. III pen., 12 febbraio 2008, n. 13816.

[20] Sentenza 8 novembre 2007, causa C-20/05, in Raccolta, p. I-9447. La domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal tribunale di Forlì verteva sulla compatibilità della normativa italiana che prevedeva (con il corredo di sanzioni penali in caso di violazione) l'obbligo di apposizione del contrassegno Siae con la direttiva 83/189/CEE, del 28 marzo 1983, che ha istituito una procedura di informazione obbligatoria nel settore delle norme e delle regole tecniche, come modificata con direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 20 luglio 1998, 98/48/CE. A parere della Corte di giustizia, la direttiva dev'essere interpretata nel senso che "disposizioni nazionali come quelle di cui trattasi nella causa principale, in quanto abbiano stabilito, successivamente all'entrata in vigore della direttiva del Consiglio 28 marzo 1983, 83/189/CEE, che prevede una procedura

confronti di condotte che, seppure realizzate in violazione dei precetti nazionali, erano a monte giustificate in base alle regole del mercato interno o a direttive dell'Unione.

A questo filone può essere assimilato, nonostante le evidenti differenze, quello relativo all'utilizzo in giudizio, come fondamento dell'azione penale, di disposizioni contenute in direttive comunitarie *non* recepite nell'ordinamento interno. Come risulta, *ex multis*, dalla sentenza *Berlusconi* (peraltro criticabile da numerosi altri punti di vista[21]), "una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un soggetto e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti. Nel contesto specifico di una situazione in cui una direttiva viene invocata nei confronti di un soggetto dalle autorità di uno Stato membro nell'ambito di procedimenti penali, la Corte ha precisato che una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle dette disposizioni". Anche in questi casi, l'esercizio dell'azione penale viene condizionato (i.e., inibito) in ragione dell'inefficacia, a tale scopo, di precetti contenuti in fonti comunitarie che, per loro stessa natura, nell'opinione della Corte di giustizia non sono invocabili dall'autorità statale nei confronti di un privato. In casi del genere, rimane comunque esperibile il rimedio "residuale" del ricorso alla Corte costituzionale, pur nel rispetto del principio fondamentale del divieto di applicazione retroattiva *in malam partem* della norma incriminatrice.

B - Più in termini rispetto alla nostra ricerca, numerosi sono i casi in cui le regole relative allo svolgimento del processo nazionale vengono incise in maniera diretta ed immediata dal diritto dell'Unione. Si può qui distinguere tra due sotto-categorie, a seconda che le regole di riferimento siano quelle generali dei Trattati (o delle direttive), ovvero si tratti di disciplina frutto dell'intervento legislativo dell'Unione nel settore dell'ex III Pilastro ed oggi dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (Titolo V, TFUE).

Quanto alle prime, rari sono i casi in cui le regole del processo penale interno possono incidere in maniera negativa sul corretto funziona-

d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche, l'obbligo di apporre sui dischi compatti contenenti opere d'arte figurativa il contrassegno «SIAE» in vista della loro commercializzazione nello Stato membro interessato, costituiscono una regola tecnica che, qualora non sia stata notificata alla Commissione, non può essere fatta valere nei confronti di un privato".

[21] Sia consentito il rinvio al commento di A. BIONDI e mio pubblicato in *Common Market Law Review*, 2006, p. 553 ss.

mento del mercato interno o provocare discriminazioni sulla base della nazionalità. La già ricordata sentenza della Corte di giustizia nel caso *Bickel e Franz* è forse la più significativa.

Più ricca è ovviamente la casistica relativa all'applicazione in Italia della disciplina dell'Unione espressamente dedicata alla cooperazione giudiziaria in materia processuale penale, oggi basata sull'art. 82 TFUE (ex art. 31 TUE), par. 1 e 2[22]. Come è noto, a partire dal Trattato di Amsterdam, l'Unione è dotata di competenza normativa finalizzata, in particolare, al mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, nonché al ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori elencati al par. 2 dell'art. 82 (l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri; i diritti della persona nella procedura penale; i diritti delle vittime della criminalità; altri elementi specifici della procedura penale preliminarmente individuati dal Consiglio con decisioni assunte all'unanimità).

Qui la ricerca ha dovuto fare i conti con un dato capace di limitare in maniera determinante l'impatto concreto delle norme dell'Unione: mi riferisco – ovviamente – alla *cronica inadempienza* dello Stato italiano rispetto all'obbligo di dare attuazione agli atti (nella maggior parte dei casi, decisioni-quadro[23], più raramente Convenzioni[24]) adottati dall'Unione in materia di cooperazione giudiziaria. Per motivi che qui non è il caso di approfondire, la grande maggioranza degli atti ex III Pilastro (che si tratti di diritto sostanziale o processuale) hanno lasciato indifferente il legislatore nazionale, e ciò anche quando il loro recepimento era contemplato nelle leggi comunitarie annuali con dovizia di principi e criteri

[22] Per una recente, approfondita analisi dell'art. 82 TFUE v. L. SALAZAR, *Codice dell'Unione europea operativo*, a cura di C. CURTI GIALDINO, Napoli, 2012, p. 896 ss.

[23] Per un quadro d'insieme degli interventi dell'Unione in materia penale e processuale penale tramite decisioni quadro cfr. il volume *Argomenti di diritto penale europeo*, a cura di A. DAMATO, P. DE PASQUALE, N. PARISI, *Casi e materiali di diritto dell'Unione europea*, vol. 1, Torino, 2011, p. 61 ss. Successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ed in ragione della eliminazione del III Pilastro con conseguente estensione alla disciplina dello SLSG del "metodo comunitario", in materia processuale sono state adottate le seguenti Direttive: Direttiva 2010/64/UE, del 20 ottobre 2010 sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali – da recepire entro il 27 ottobre 2013; Direttiva 2012/13/UE, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali – da recepire entro il 2 giugno 2014; la Direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI – da recepire entro il 16 novembre 2015.

[24] Ad esempio, l'Italia non ha ratificato la Convenzione del 29 maggio 2000 relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea e il Protocollo del 16/10/2001 che si occupa delle informazioni in materia di indagini bancarie.

direttivi per l'esercizio della delega legislativa da parte del Governo (termini peraltro scaduti).

Per fare solo alcuni esempi più clamorosi (e gravi) concernenti la materia processuale, si consideri in primo luogo che la decisione quadro n. 2001/220/GAI, del 15 marzo 2001, relativa alla protezione della vittima nel procedimento penale[25], a distanza di più di un decennio è ancora lettera morta nell'ordinamento italiano, nonostante la sua attuazione sia stata contemplata dalla legge comunitaria per il 2009 (l. 4 giugno 2010, n. 93, art. 53); il recepimento della decisione-quadro n. 2005/212/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato[26] era previsto addirittura nella legge comunitaria per il 2007 (Legge 25 febbraio 2008, n. 34), agli artt. 28 e 31, e lo stesso vale per la decisione quadro 2006/783/GAI del 6 ottobre 2006[27], relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, la cui attuazione era prevista dall'articolo 50 della legge 7 luglio 2009, n. 88 (legge comunitaria per il 2008), nonché per la decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie[28], anch'essa oggetto di infruttuosa delega al Governo con la legge comunitaria per il 2007. Ignorata è tuttora anche la decisione quadro n. 2002/465/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa alle squadre investigative comuni[29], il cui termine di attuazione è scaduto da oltre un decennio (il 1° gennaio 2003). E l'elenco potrebbe continuare.

Per regola generale, codificata all'art. 34 TUE ed applicabile, per gli atti già adottati, anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nonostante l'abrogazione di detta disposizione, le decisioni quadro "non hanno efficacia diretta", dunque non possono di per sé produrre effetti giuridici negli ordinamenti interni in assenza del loro (corretto) recepimento da parte del legislatore nazionale, a meno che esse non vengano "trasformate" in direttive in applicazione delle nuove regole in materia di competenze normative dell'Unione in materia di cooperazione giudiziaria nel settore penale, introdotte dal Trattato di Lisbona[30].

[25] In GUCE, L 82 del 22.3.2001, p. 1. Il termine per l'attuazione era fissato al 22 marzo 2002. La decisione quadro è stata di recente sostituita dalla direttiva 2012/29/UE, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato (in GUUE, L 315 del 14.11.2012, p. 57).

[26] In GUCE, L 68 del 15.3.2005, p. 49.

[27] In GUCE, L 328 del 24.11.2006, p. 59.

[28] In GUCE, L 76 del 22.3.2005, p. 16.

[29] In GUCE, L 162 del 20.06.2002, p. 1.

[30] Tuttavia, anche in questo caso la produzione di effetti diretti (qualora questo sia

Questo dato tuttavia non esclude (ma anche questo è un fenomeno ampiamente noto) che gli atti in questione abbiano potuto essere presi in considerazione, a diverso titolo ed in differenti maniere, nella prassi dei giudici italiani. Ciò è avvenuto (ed avviene) attraverso i noti meccanismi attraverso i quali gli atti dell'Unione non direttamente efficaci possono produrre effetti giuridici, seppur indiretti, nell'ordinamento interno: *in primis*, il ricorso al criterio dell'*interpretazione conforme o adeguatrice*, pilastro dell'applicazione interna del diritto comunitario ed esteso dalla Corte di giustizia agli atti dell'ex III Pilastro con la storica sentenza *Pupino*, relativa alla citata decisione quadro n. 2001/220/GAI sulla posizione della vittima nel procedimento penale[31]. In base a detto principio, il giudice, chiamato ad applicare il diritto nazionale, è tenuto ad interpretarlo per quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della decisione-quadro in questione, in maniera da conseguire il risultato perseguito da questa e, dunque, consentire all'ordinamento interno di conformarsi all'art. 34, n. 2, lett. b, UE (sent. *Pupino*, punto 43).

Il ricorso al principio in discorso incontra, anche in questo contesto, i limiti: a) del divieto di interpretazione *contra legem* (ivi, punto 47); b) del rispetto dei principi di certezza del diritto e di irretroattività, per cui tramite interpretazione conforme non si può determinare o aggravare, sulla base della decisione quadro ed indipendentemente da una legge adottata per la sua attuazione, la responsabilità penale di un individuo quale risulterebbe dall'applicazione delle regole interne (ivi, punti 44-45)[32]. Da quest'ultimo punto di vista, e questo è un dato che assume grande rilevanza per il nostro discorso, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (*Pupino*, punto 46) emerge anche che il divieto di interpretazione *in malam partem* non opera qualora le disposizioni interne riguar-

possibile in base alle regole generali riguardanti le norme dell'Unione ed in particolare quelle inserite in direttive) non è immediata, ma necessita della scadenza del termine (solitamente di due anni) previsto dall'atto stesso per il suo recepimento. Ad esempio, come già anticipato, la Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce nome minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime da reato e che sostituisce la decisione quadro n. 2001/220/GAI, richiede agli Stati membri di adottare le disposizioni interne necessarie per l'attuazione entro il 16 novembre 2015.

[31] Sentenza 16 maggio 2005, causa C-105/03, *Procedimento penale a carico di Maria Pupino,* in *Raccolta*, p. I-5285. Per approfondimenti sull'applicazione del principio in discorso nella materia penale v., da ultimo, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, p. 43 ss.

[32] In ogni caso, come chiarito nelle Conclusioni dell'Avv. Gen. Sharpston del 15 maggio 2012, relative al caso *Giovanardi*, "tale principio richiede tuttavia che il giudice del rinvio prenda in considerazione, se del caso, il diritto nazionale nel suo complesso per valutare in che misura quest'ultimo può ricevere un'applicazione tale da non sfociare in un risultato contrario a quello perseguito dalla decisione quadro".

dino non già la responsabilità penale di un individuo, *bensì lo svolgimento del processo penale* e le modalità di acquisizione delle prove, in ragione della neutralità di dette disposizioni sulla determinazione della responsabilità dell'imputato. La stessa conclusione è stata raggiunta dall'Avv. Gen. Sharpston nelle Conclusioni del 15 maggio 2012 relative al caso *Giovanardi*[33], in cui si discuteva della corretta interpretazione dell'art. 9 della decisione quadro 2001/220/GAI relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale ed in particolare della possibilità, per la vittima di un reato, di ottenere il risarcimento dei danni non solo nei confronti della persona fisica che lo abbia materialmente commesso, ma anche nei confronti della persona giuridica ritenuta responsabile, ai sensi dell'ordinamento giuridico dello Stato membro interessato, della sua commissione. A fronte della posizione espressa dal giudice *a quo* (il Tribunale di Firenze) – secondo il quale, interpretando la legislazione nazionale con le modalità proposte dai ricorrenti nella causa principale, vale a dire estendendo anche alle persone giuridiche la possibilità di ottenere un risarcimento nel processo penale piuttosto che in una separata azione civile, si rischierebbe di violare la norma di diritto nazionale che osta all'applicazione analogica *in malam partem* delle disposizioni del codice penale" (conclusioni Sharpston, par. 65) – l'Avv. Generale replicava – a nostro avviso in maniera condivisibile – che "L'articolo 9, paragrafo 1, non impone ad uno Stato membro di modificare in alcun modo il diritto penale sostanziale nazionale. Né tale disposizione incide sulla misura del risarcimento dovuto ad una vittima con riferimento a perdite o danni ad essa cagionati in conseguenza della commissione di un illecito; nella decisione quadro nulla lascia ritenere che l'importo di cui trattasi debba essere calcolato diversamente, a seconda che si tratti di un procedimento penale o di un procedimento civile. In quanto diretta a tutelare gli interessi delle vittime di reati, ciò che la decisione compie è anticipare il momento in cui il risarcimento di cui trattasi sarebbe versato. Si tratta di una questione procedurale; essa non incide in alcun modo sulla responsabilità penale dell'obbligato. Considerato tale presupposto, non vedo alcun fondamento sulla base del quale il principio *in malam partem* possa trovare applicazione nell'interpretazione da me proposta nelle presenti conclusioni dell'articolo 9, paragrafo 1, della decisione quadro".

Inoltre, anche nei (pochi) casi di avvenuto recepimento, non può escludersi che l'intervento del legislatore statale si sia realizzato in maniera non conforme o solo parzialmente conforme rispetto all'atto da recepire; notoriamente, come meglio si vedrà in seguito, questo è il caso

[33] Causa C-79/11.

della decisione quadro n. 2002/584/GAI sul mandato di arresto europeo (di seguito, per brevità, "MAE"): anche in tal caso, nella prassi sono emerse tutte le potenzialità del criterio dell'interpretazione conforme per "sanare" – ove possibile – le antinomie tra diritto interno e ordinamento UE.

Non risultano invece nella prassi, quanto meno a nostra conoscenza, esempi di azioni "Francovich" di *responsabilità patrimoniale* nei confronti dello Stato italiano per violazione degli atti in materia di cooperazione giudiziaria nel settore penale. Eppure, questa soluzione non è da escludere in teoria (potendo detta azione senz'altro avere ad oggetto casi di violazione, da parte dello Stato, di atti dell'ex III Pilastro)[34], qualora gli atti in questione siano intesi a conferire diritti ai singoli, come nelle ipotesi in cui essi intendano assicurare una particolare protezione a categorie di soggetti più vulnerabili (vittime dei reati) o impongano il rispetto di alcuni vincoli procedurali a tutela della persona indagata o condannata, come nel caso della decisione quadro sul mandato di arresto europeo.

Infine, sia nel primo caso (mancata attuazione) che nel secondo (attuazione non corretta), rimane come *extrema ratio* l'intervento della Corte costituzionale, la quale è di recente intervenuta esercitando la sua competenza a giudicare la legittimità costituzionale delle leggi rispetto agli artt. 11 e 117 Cost., utilizzando come *parametro interposto* gli atti dell'Unione non dotati di efficacia diretta. La Corte costituzionale detiene, in particolare in questa materia, un ruolo solo apparentemente residuale: suo compito è infatti effettuare quella necessaria opera di adeguamento dell'ordinamento italiano in presenza di norme interne che, nonostante il doveroso tentativo da parte del giudice di superare in via ermeneutica la (solo apparente) antinomia grazie alla interpretazione conforme, risultino irrimediabilmente incompatibili con le disposizioni dell'Unione in tema di cooperazione giudiziaria.

Esemplari in questo contesto appaiono la sentenza n. 227 del 2010 e l'ordinanza n. 109 del 2008, entrambe concernenti la citata decisione quadro sul mandato di arresto europeo. Nella prima, esclusa in radice, per la diversità insanabile delle regole interne e comunitarie, la possibilità di un'interpretazione adeguatrice, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge di attuazione 22 aprile 2005, n. 69, nella parte in cui (art. 18, comma 1, lett. r) riservava al cittadino italiano un vantag-

[34] A. ARENA, *Le fonti della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e la loro efficacia negli ordinamenti nazionali prima e dopo il Trattato di Lisbona*, in *Il Terzo pilastro dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE E F. FERRARO, Napoli, 2009, p. 13 ss.

gio che la decisione quadro intendeva invece estendere anche ai cittadini di altri Paesi membri residenti o dimoranti in Italia: si tratta della possibilità, per l'autorità giudiziaria italiana, di non dare esecuzione al mandato e di disporre l'esecuzione della pena o della misura di sicurezza privative della libertà personale in Italia piuttosto che nel Paese richiedente. Qui la soluzione della Corte costituzionale è stata in qualche modo facilitata dalla precedente sentenza della Corte di giustizia nel caso *Wolzenburg*[35], che ha consentito tra l'altro alla Corte costituzionale di non porsi il problema della corretta interpretazione della decisione quadro e, dunque, della eventuale rimessione degli atti al giudice *a quo* (nella fattispecie, la Corte di Cassazione) perché si preoccupasse di ottenere dalla Corte di giustizia la corretta interpretazione delle regole di diritto dell'Unione pertinenti, in applicazione del meccanismo della c.d. "doppia pregiudizialità".

Nella seconda, su richiesta della Corte d'Appello di Venezia, la Corte costituzionale ha offerto, attraverso lo strumento della manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, indiretta conferma della soluzione adottata dalla Cassazione, la quale, utilizzando all'estremo (come si vedrà meglio in seguito) il meccanismo dell'interpretazione conforme, ha di fatto depotenziato la portata dalla legge di attuazione del MAE nella parte in cui aveva inserito, tra i motivi di rifiuto obbligatorio, l'ipotesi in cui la legislazione dello Stato membro di emissione non preveda i limiti massimi alla carcerazione preventiva (l. 69 del 2005, art. 18, primo comma, lett. e).

Quanto agli eventuali effetti *in malam partem* della sentenza che dichiari l'illegittimità costituzionale di norme interne in presenza di conflitti con norme dell'Unione non dotate di efficacia diretta, valgono due precisazioni: in primo luogo, la già ricordata natura processuale, e non sostanziale, delle regole di cui si discute (sent. Pupino; conclusioni Giovanardi). In secondo luogo, la distinzione, operata dalla Corte costituzionale, tra le garanzie che il diritto penale-costituzionale può offrire agli imputati, da un lato, e l'esigenza di garantire in ogni caso un sindacato sulle norme penali a pena di istituire *zone franche* del tutto impreviste dalla Costituzione (148 del 1983, 394 del 2006, 28 del 2010).

[35] Sentenza del 6 ottobre 2009, Causa C-123/08, in *Raccolta*, p. I-9621.

3. I risultati della prassi: una verifica in itinere *sull'applicazione interna della decisione quadro sul mandato di arresto europeo*

Sulla base delle precedenti osservazioni di carattere generale, si può ora dare conto in maniera più analitica dei risultati della ricerca, volta a valutare, da un lato, se ed in quale misura gli atti dell'Unione in materia di processo penale abbiano avuto un'incidenza sulla prassi interna; dall'altro, come i metodi prima indicati siano riusciti, nella gran parte dei casi, a fornire una soluzione di conflitti (reali o apparenti) tra regole interne e regole dell'Unione.

Come primo risultato, emerge non solo una progressiva e diffusa consapevolezza dei giudici interni circa l'esistenza di atti dell'Unione che incidono sul processo penale, ma anche delle tecniche a loro disposizione per darvi (diretta o indiretta) applicazione. A tale riguardo, particolarmente significativo appare il settore del riconoscimento e dell'esecuzione dei provvedimenti adottati negli ordinamenti di altri Stati membri e, più in particolare, del *mandato di arresto europeo*.

Come noto, la decisione quadro 2002/584/GAI, adottata dal Consiglio dell'Unione europea il 13 giugno 2002[36] e successivamente modificata[37], relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna

[36] GUCE L 190 del 18.7.2002, p. 1. La letteratura sulla decisione quadro 2002/584 è molto ampia. Tra i lavori in lingua italiana ricordiamo M. SALAZAR, *Il mandato di arresto europeo: un primo passo verso il mutuo riconoscimento delle sentenze penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1041 ss.; M. LUGATO, *La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato di arresto europeo*, in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 27 ss.; M. PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004; S. MANACORDA, *Il mandato di arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2004, p. 789 ss.; G. IUZZOLINO, *Il Mandato d'arresto europeo*, in AA.VV., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Milano, 2006, p. 3 ss.; R. CALVANO (a cura di), *Legalità costituzionale e mandato d'arresto europeo*, Napoli, 2007; V. BAZZOCCHI, *Il mandato di arresto europeo e le Corti supreme nazionali*, in *Dir. un. eur*., 2007, p. 661 ss.; L. ZANNELLA, *Decisione-quadro sul mandato d'arresto e prassi applicativa*, in *Il Terzo pilastro dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE E F. FERRARO, Napoli, 2009, p. 241 ss.; A. DAMATO, *Profili di costituzionalità della legge italiana sul mandato d'arresto europeo*, in G. VENTURINI – S. BARIATTI (a cura di) *Diritti individuali e giustizia internazionale. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, p. 223 ss.; A. CHELO, *Il mandato di arresto europeo*, Padova, 2010; F. SIRACUSANO, *Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, procedure di consegna e processo in absentia*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen*., 2010, p. 115 ss.; G. DE AMICIS, voce *Mandato d'arresto, europeo*, Libro dell'anno – Treccani, 2011; D. SAVY, *La tutela dei diritti fondamentali ed il rispetto dei principi generali del diritto dell'Unione nella disciplina del mandato di arresto europeo*, reperibile su http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1350886716Savy%20MAE.pdf

[37] Decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI,

tra Stati membri, realizza un modello avanzato di cooperazione tra gli Stati membri dell'Unione, basato su di un elevato livello di mutua fiducia e giustificato da un sostrato di regole comuni quanto alla tutela dei diritti fondamentali (cfr. *Considerando* n. 10). Superando il modello tradizionale degli accordi di estradizione, basato sul metodo intergovernativo, il nuovo sistema contempla infatti la possibilità, per le autorità giudiziarie di uno Stato membro (di emissione), di richiedere alle autorità di un altro Stato membro (di esecuzione) l'arresto e consegna di un individuo ai fini dell'esercizio dell'azione penale ovvero dell'esecuzione della pena o misura di sicurezza privative della libertà (art. 1). In termini generali, il meccanismo facilitato ed accelerato di cooperazione ha lo scopo di contribuire a realizzare l'obiettivo assegnato all'Unione di realizzare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia fondandosi sull'elevato livello di fiducia che deve esistere tra gli Stati membri[38].

La legge di attuazione italiana n. 69/2005 – adottata a distanza di un anno e mezzo dalla scadenza del termine per l'attuazione della decisione quadro (31 dicembre 2003) – in poco encomiabile "coerenza" con l'atteggiamento dichiaratamente ostile mostrato dal Governo italiano in sede di negoziato presso il Consiglio dell'Unione ha dato luogo ad una serie nutrita di questioni interpretative e di problemi di vera o apparente antinomia rispetto alla decisione-quadro[39], presto posti all'attenzione sia della Corte di Cassazione, sia della Corte costituzionale[40]. Molti di essi sono stati risolti grazie ad un uso – invero, come si anticipava, a volte disinvolto, ma comunque *estremamente efficace* – del principio dell'interpretazione adeguatrice; altri hanno richiesto, per i motivi indicati in precedenza, l'intervento della Corte costituzionale. Sorprende, in-

2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo (in GUUE, L 81 del 27 marzo 2009, p. 24).

[38] Corte giust., sentenze 29 gennaio 2013, causa C-396/11, *Radu*, punto 34; 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, punto 37.

[39] Cfr. sul punto E. SELVAGGI, *Il mandato di arresto europeo: l'esperienza giurisprudenziale e l'uso del canone di "interpretazione conforme"*, in *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di T. RAFARACI, Milano, 2011, p. 79 ss.

[40] Per una valutazione d'insieme cfr. G. LATTANZI, *Il mandato di arresto europeo nell'ordinamento italiano* (Intervento all'Incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana e i Tribunali costituzionali di Spagna e Portogallo, 16 novembre 2012, Lisbona), in www.cortecostituzionale.it. Molto utile, anche se non più attualissima, la ricostruzione della prassi effettuata da E. ZANETTI, *Il mandato di arresto europeo e la giurisprudenza italiana*, Milano, 2009.

vece, l'assenza di ordinanze di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte della Suprema Corte.

Un primo esempio di quanto appena affermato concerne la soluzione, raggiunta dalla Cassazione, in merito ad un'apparente antinomia tra la legge di attuazione ed il principio fondante il sistema del MAE; vale a dire quello dell'automaticità dell'esecuzione di una richiesta di consegna ai fini dello svolgimento di un processo nel Paese emittente, salvi i casi tassativi di rifiuto codificati agli articoli 3, 4 e 4 *bis* della decisioni quadro. L'art. 17, par. 4, della L. 69/2005 recita che "In assenza di cause ostative la Corte di appello pronuncia sentenza con cui dispone la consegna della persona ricercata se sussistono gravi indizi di colpevolezza ovvero se esiste una sentenza irrevocabile di condanna". A sua volta, l'art. 18, lett. t), prevede il rifiuto della consegna se "il provvedimento cautelare in base al quale il mandato d'arresto europeo è stato emesso risulta mancante di motivazione" (sottolineature aggiunte).

Il testo di tali norme sembra prefigurare un secondo controllo di merito da parte dell'autorità giudiziaria italiana, all'evidenza incompatibile con la filosofia di fondo e la lettera della decisione quadro, fondata invece, come prima anticipato, sul principio della fiducia reciproca e del mutuo riconoscimento (art. 1, par. 2, decisione quadro n. 2002/584/GAI[41]). Non meraviglia, quindi, che si siano presto presentati non pochi problemi applicativi, risolti dalla Cassazione in maniera da ridurre gli ostacoli che sarebbero stati altrimenti provocati al funzionamento del sistema del MAE dall'applicazione letterale della legge. Quanto al controllo della presenza dei "gravi indizi di colpevolezza", la Suprema Corte, sez. fer., con sent. del 13.09.2005 (*Hussain Oman*), ha affermato che l'art. 17, par. 4, deve essere interpretato nel senso che l'autorità giudiziaria italiana è tenuta a verificare che nel mandato di arresto risulti la motivazione in merito al provvedimento cautelare ed alle esigenze cautelari, nonché in ordine alle fonti di prova che ne hanno fondato la richiesta. Tuttavia, ad essa non è riconosciuto il potere di compiere una "nuova pregnante valutazione di tali fonti analoga a quella spettante nell'ordinamento interno al tribunale del riesame". Nella sentenza della VI sez., n. 34355, del 23.09.2005 (*Ilie*), la Cassazione ha poi fatto espresso riferimento al principio dell'interpretazione conforme (ed alla "presunzione di conformità" che deve guidare l'interprete) per concludere che è sufficiente che i

[41] "Gli Stati membri danno esecuzione ad ogni mandato d'arresto europeo in base al principio del riconoscimento reciproco e conformemente alle disposizioni della presente decisione quadro". Cfr. anche i Considerando nn. 5 e 7. Valorizzano questi principi, tra le altre, le sentenze della Corte di giustizia: 5 settembre 2012, causa C-42/11, *Da Silva Jorge*, punto 28; 29 gennaio 2013, causa C-396/11, *Radu*, punti 33-35.

"gravi indizi di colpevolezza" siano "riconoscibili" dall'autorità giudiziaria italiana. Ma questa si deve limitare a "verificare che il mandato sia, per il suo contenuto intrinseco o per gli elementi raccolti in sede investigativa o processuale, fondato su un compendio indiziario che l'autorità emittente ha ritenuto seriamente evocativo di un fatto reato commesso dalla persona di cui si chiede la consegna". Quanto alla previsione di cui all'art. 18, comma 1, lett. t, L. 69/2005, la Cassazione ha dato prova anche qui di saper conciliare il rispetto della norma e l'osservanza dei vincoli europei chiarendo che "il presupposto della 'motivazione' del mandato di arresto cui è subordinato l'accoglimento della domanda di consegna (artt. 1, comma 3, e), non può essere strettamente parametrato alla nozione ricavabile dalla tradizione giuridica italiana (esposizione logico-argomentativa del significato e delle implicazioni del materiale probatorio)", rilevando soltanto che l'autorità giudiziaria di emissione abbia dato 'ragione' del mandato di arresto, il che può realizzarsi "anche attraverso la puntuale allegazione delle evidenze fattuali a carico della persona di cui si chiede la consegna" (Sez. un., n. 4614 del 30.01.2007- 5.02.2007, *Ramoci*).

In tutti i casi citati, la Cassazione, nonostante a nostro parere ve ne fossero tutte le condizioni ed i presupposti in quanto giudice di ultima istanza, non ha operato il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per la corretta interpretazione della decisione-quadro, al fine di sapere se questa osti o meno all'applicazione della rilevante disposizione della legge italiana. Coerentemente, una volta scelta la strada dell'interpretazione conforme, non ha provveduto a sollevare una questione di legittimità costituzionale.

4. Segue: *i motivi di rifiuto della consegna*

Come è stato evidenziato[42], l'ambito nel quale la prassi ha presentato più di frequente seri problemi di conformità della legge di attuazione alla decisione quadro è rappresentato dai *motivi di rifiuto* che l'autorità giudiziaria richiesta può opporre all'autorità emittente di altro Stato membro nella procedura passiva di consegna.

Come è noto, nelle decisione quadro sono previsti, tre casi di non esecuzione *obbligatoria ("l'autorità giudiziaria dello Stato membro di esecuzione rifiuta")*, riferiti all'età del soggetto coinvolto, all'amnistia del reato ed al divieto del *ne bis in idem* (art. 3), nonché sette casi di non

[42] D. SAVY, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 11.

esecuzione *facoltativa* ("*l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può rifiutare"),* elencati all'art. 4. A ciò si aggiunge oggi, a seguito della modifica intervenuta con l'entrata in vigore della decisione quadro n. 2009/299/GAI, un ulteriore motivo, inserito all'art. 4 *bis*, nel caso di decisioni pronunciate in *absentia* dell'interessato ed in presenza di determinate condizioni[43]. La legge italiana, invece, all'art. 18 elenca *venti* motivi di rifiuto, *peraltro tutti obbligatori*, buona parte dei quali non previsti né dagli artt. 3 e 4, né da altre disposizioni della decisione quadro. Detti motivi di rifiuto hanno provocato seri problemi applicativi. Alcuni di questi sono presi in considerazione nel prosieguo.

A – Limiti massimi della carcerazione preventiva

Viene in rilievo, in primo luogo, il testo dell'art. 18, lett. e, della legge italiana, nella parte in cui impone il rifiuto della consegna qualora "la legislazione dello Stato membro di emissione non preveda i limiti massimi della carcerazione preventiva". Intesa alla lettera, in ragione delle profonde differenze esistenti tra le legislazioni processuali degli Stati membri, la previsione potrebbe apportare seri ostacoli al funzionamento del sistema prefigurato dalla decisione-quadro. In alcuni Stati membri non si prevedono, a differenza della legislazione italiana, limiti temporali invalicabili per singola fase del giudizio, oppure i termini di custodia preventiva sono disciplinati solo per la fase *ante judicium*; in altri si stabiliscono termini massimi, ma se ne prevede la proroga insieme ad un controllo periodico; in altri ancora non si fissano termini di durata, ma unicamente revisioni periodiche. La decisione quadro non ne fa menzione, pur precisando, nel preambolo, che in essa è affermato il rispetto dei diritti fondamentali e dei principi ex art. 6 TUE.

Modificando un precedente orientamento (Cass. Pen, VI sez., 08.05.2006, n. 16542, *Cusini*), le Sezioni Unite hanno evitato le conseguenze negative che un'interpretazione letterale delle disposizione della legge italiana avrebbe provocato al sistema del MAE, portando agli estremi il principio della interpretazione "adeguatrice" della normativa italiana rispetto alla decisione quadro. Nella sentenza depositata il 5.02.2007, n. 4614, *Ramoci*, la Cassazione ha concluso che qualora l'ordinamento di uno Stato membro contempli una "continuous review" delle esigenze che motivano la custodia cautelare, pur in assenza di termini massimi imposti dalla legislazione dello Stato di emissione il giudice italiano può ritenere soddisfatte le esigenze richieste dalla legge. In definitiva, anche in assenza di una formale equivalenza con il sistema

[43] Decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio del 26 febbraio 2009, in GUUE, L 81 del 27.3.2009, 24 ss.

nazionale, all'autorità giudiziaria italiana si deve riconoscere il potere di valutare se "in sostanza" sia assicurata dall'ordinamento dello Stato richiedente la tutela dei principi e dei diritti fondamentali dell'individuo anche in assenza della previsione di termini massimi di custodia cautelare[44].

Rispetto a questa soluzione, possono essere svolte alcune osservazioni. In primo luogo, è evidente che la posizione sposata dalla Suprema Corte comporta un risultato di segno "negativo" per la persona sottoposta al MAE, nel senso che provoca la sua consegna all'autorità giudiziaria dello Stato membro in cui sarà sottoposto a procedimento penale. L'interpretazione adeguatrice a cui la Cassazione ha fatto ricorso mi sembra si traduca senza dubbio in un intervento *in malam partem*, mentre la precedente posizione della stessa Corte, più vicina al suo dato letterale, avrebbe da questo punto di vista apportato dei benefici al soggetto in questione. Tuttavia, sulla scia della posizione assunta dalla Corte di giustizia nella citata sentenza *Pupino*, si può sostenere che una tale conclusione sia compatibile con i principi generali riguardanti i limiti dell'interpretazione adeguatrice, in quanto essa di certo non è in grado, in quanto tale, di "determinare o aggravare, sulla base della decisione quadro ed indipendentemente da una legge adottata per la sua attuazione, la responsabilità penale di un individuo quale risulterebbe dall'applicazione delle regole interne". In altri termini, non è certo l'esecuzione del MAE, ma semmai la valutazione in concreto delle accuse penali poste nei confronti del soggetto ricercato, a determinare o aggravare la responsabilità penale dell'individuo. In secondo luogo, non va sottovalutato – anzi, questo elemento è stato con ogni probabilità preso in debita considerazione dai giudici supremi – che il mantenimento del precedente orientamento avrebbe provocato un serio *vulnus* all'intero meccanismo del MAE, rendendo impossibile l'esecuzione in Italia di provvedimenti emessi dalle autorità giudiziarie di un elevato numero di Paesi membri. Anche per questo motivo, riteniamo tuttavia che sarebbe stata opportuna la rimessione di quesiti pregiudiziali alla Corte di giustizia – trattandosi, peraltro, di giudice di ultima istanza – per sapere se la decisione-quadro osti o meno all'aggiunta, da parte di uno Stato membro, di un ulteriore motivo di rifiuto quale quello concernente l'assenza di limiti massimi alla carcerazione preventiva nello Stato di emissione del mandato. La risposta negativa, peraltro, sarebbe stata facilmente prevedibile, considerata la posizione rigida che la Corte ha assunto in merito alla tassatività dei

[44] Così, D. SAVY, *op. cit*., p. 14.

motivi di rifiuto che l'autorità richiesta può opporre all'esecuzione di un mandato di arresto[45].

La Corte costituzionale ha nella sostanza accolto la soluzione proposta dalle Sezioni Unite. Adita sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 18, lett. e), L.69/05, in riferimento agli artt. 3, 11, 117 Cost., con la già citata ordinanza 14 aprile 2008, n. 109, la Consulta ha dichiarato inammissibile la questione in quanto "il giudice a quo, nel formulare il quesito di costituzionalità, omette totalmente di esprimersi sul problema (...) se la regola della previsione di termini massimi di carcerazione preventiva, che la norma denunciata mutua dall'art. 13, ultimo comma, Cost., sia o meno "cedevole" di fronte all'obbligo di rispetto dei vincoli scaturenti dall'ordinamento comunitario e dalle convenzioni internazionali, sancito a carico del legislatore nazionale dall'art. 117 Cost.". La Corte richiama la soluzione fornita dalla sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 2007, rimproverando al giudice *a quo* di aver escluso, senza spiegarne le ragioni, di poter accedere alla soluzione dell'interpretazione adeguatrice adottata dalla Cassazione[46].

B) Esecuzione della pena in Italia

Ulteriore disposizione della L.69/05 oggetto di attenzione da parte delle corti nazionali è stato l'art. 18, lett. r), ove si legge che la Corte d'Appello rifiuta la consegna "*se il mandato d'arresto europeo è stato emesso ai fini della esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale, qualora la persona ricercata sia cittadino italiano, sempre che la Corte d'Appello disponga che tale pena o misura di sicurezza sia eseguita in Italia conformemente al suo diritto interno"*. Appare *ictu oculi* il contrasto di questa disposizione con l'art. 4, punto 6, della decisione quadro (nonché con il divieto di discriminazioni sulla base della nazionalità, di cui all'art. 12 TUE), il quale permette di rifiutare la consegna qualora la persona ricercata non solo sia cittadino, ma anche "dimori o risieda" nello Stato membro di esecuzione.

Non sorprende quindi che, dopo alcune pronunce coerenti con la lettera della disposizione legislativa interna[47], la Corte di Cassazione si sia rivolta alla Corte costituzionale[48] sollevando questione di legittimità costituzionale dell'art., 18 lett. r), con riferimento agli artt. 3, 27 comma 3 e

[45] V. in particolare le sentenze 1° dicembre 2008, causa C-388/08 PPU, *Leymann e Pustovarov*, in Raccolta, p. I-8983, punto 51; 16 novembre 2010, causa C-261/09, *Mantello*, ivi, p. I-11477, punto 37; 29 gennaio 2013, *Radu*, cit., punto 36, nella quale peraltro la Corte sembra lasciare spazio ad una valutazione ulteriore legata al rispetto dei diritti fondamentali quali garantiti dalla Carta.

[46] Cfr. ancora D. SAVY, *op. cit*., p. 15.

[47] Cass. Pen, sez VI, n. 21669 del 31 maggio 2007, *Kabrine*.

[48] Cass. pen., sez. fer., 4 settembre 2009, n. 107; sez. VI, 27 agosto 2009, n. 298.

117 Cost. La Corte costituzionale ha accolto i dubbi prospettati dalla Cassazione: con sentenza n. 227 del 2010 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della citata disposizione della legge n. 69 nella parte in cui non prevede che l'autorità giudiziaria italiana possa rifiutare la consegna anche del cittadino di un altro Paese membro dell'Unione europea, il quale legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno[49].

Meritano una segnalazione infine le sent. 16 aprile 2010, n. 14710 e 28 maggio 2010, n. 20553 nelle quali la Cassazione afferma che "(...) per "residenza" non deve intendersi il dato formale anagrafico, quanto piuttosto l'esistenza di "un radicamento reale e non estemporaneo" del soggetto con il territorio italiano. Tra gli indici necessari per assumere la sussistenza di tale radicamento vi sono: la non illegalità della presenza in Italia per il soggetto non comunitario; l'apprezzabile continuità temporale e la stabilità della presenza; la sede principale e consolidata degli interessi lavorativi, familiari ed affettivi; il pagamento eventuale di oneri contributivi e fiscali; la distanza temporale tra la commissione del reato o la condanna all'estero e l'inizio della presenza in Italia. Nel caso di cittadino comunitario che abbia acquistato il diritto di soggiorno in conseguenza di una permanenza ininterrotta di 5 anni è possibile prescindere da tali elementi"[50].

C) Processo equo e tutela dei principi costituzionali nazionali

In attuazione del principio generale di cui all'art. 2, comma 1, della

[49] La Consulta richiama la sentenza della CGUE del 17 luglio 2008, causa C-66/08, *Kozlowski*, ricordando che in detta sentenza "la Corte di giustizia non ha mancato (…) di fornire la sua interpretazione al giudice nazionale; e gli ha fornito indicazioni utili anche su un piano più generale. In particolare, ha identificato la nozione di "residenza" con una residenza effettiva nello Stato dell'esecuzione; e la nozione di "dimora" con un soggiorno stabile di una certa durata in quello Stato, che consenta di acquisire con tale Stato legami d'intensità pari a quelli che si instaurano in caso di residenza (punto 46)" (par. 8).

[50] La Corte richiama la sentenza della CGUE del 6 ottobre 2009, causa C-123/08, *Wolzenburg*. Questo filone trova conferma nella sentenza della VI sez. pen. del 2 febbraio 2012 n. 4693, ove si legge che "Affinché ricorra l'ipotesi di rifiuto della consegna di cui all'art. 18, comma 1, lett. r). legge n. 69/2005 occorre avere riguardo ad una nozione di residenza che sia funzionale all'assimilazione della categoria dello straniero residente allo status del cittadino. Lo straniero ha l'onere di dimostrare di avere ivi istituto, con continuità nel tempo e sufficiente stabilità territoriale, la sede principale dei propri interessi affettivi, professionali ed economici, valutati anche in una prospettiva futura (nella specie, la Corte ha escluso tale ipotesi, atteso che il ricorrente, per sua stessa ammissione, aveva conservato la residenza in Romania, abitava precariamente in Italia, dove non svolgeva alcuna stabile e regolare attività lavorativa)".

L. 69/05[51], l'art. 18, comma 1, lett. g) della medesima legge prevede il rifiuto di consegna "se dagli atti risulta che la sentenza irrevocabile, oggetto del mandato d'arresto europeo, non sia la conseguenza di un processo equo condotto nel rispetto dei diritti minimi dell'accusato previsti dall'articolo 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, resa esecutiva dalla legge 4 agosto 1955, n. 848, e dall'articolo 2 del Protocollo n. 7 a detta Convenzione, adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984, reso esecutivo dalla legge 9 aprile 1990, n. 98, statuente il diritto ad un doppio grado di giurisdizione in materia penale (…)". A sua volta, la lett. v) del medesimo comma aggiunge, come ulteriore ipotesi di rifiuto, il caso in cui "la sentenza per la cui esecuzione è stata domandata la consegna contiene disposizioni contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano".

Per ciò che concerne il riferimento ai principi costituzionali *nazionali*, si tratta all'evidenza, anche in questo caso, di una ipotesi non espressamente contemplata dalla decisione quadro, la quale precisa invece nel Preambolo che essa "rispetta i diritti fondamentali ed osserva i principi sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea e contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, segnatamente il capo VI"[52]. La giurisprudenza delle SS.UU. della Cassazione sembra orientarsi in questo senso (nuovamente procedendo ad un'interpretazione di tipo "escludente", piuttosto che "adeguatrice" della legge n. 69), chiarendo che l'unica forma di controllo ammessa concerne i soli "principi comuni" di cui all'art. 6 TUE: ciò in quanto "in un contesto di coopera-

[51] Nella disposizione citata nel testo si legge che "In conformità a quanto stabilito dall'articolo 6, paragrafi 1 e 23, del Trattato sull'Unione europea e dal punto (12) dei *consideranda* del preambolo della decisione quadro, l'Italia darà esecuzione al mandato di arresto nel rispetto dei seguenti diritti e principi stabiliti dai trattati internazionali e dalla Costituzione: a) i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (…) in particolare dell'articolo 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza) e dall'articolo 6 (diritto ad un processo equo) (…) b) i principi e le regole contenuti nella Costituzione della Repubblica, attinenti al giusto processo, ivi compresi quelli relativi alla tutela della libertà personale, anche in relazione al diritto di difesa e al principio di eguaglianza, nonché quelli relativi alla responsabilità penale e alla qualità delle sanzioni penali".

[52] Considerando n. 12, ove si aggiunge che "Nessun elemento della presente decisione quadro può essere interpretato nel senso che non sia consentito rifiutare di procedere alla consegna di una persona che forma oggetto di un mandato d'arresto europeo qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che il mandato d'arresto europeo sia stato emesso al fine di perseguire penalmente o punire una persona a causa del suo sesso, della sua razza, religione, origine etnica, nazionalità, lingua, opinione politica o delle sue tendenze sessuali oppure che la posizione di tale persona possa risultare pregiudicata per uno di tali motivi".

zione giudiziaria europea, sarebbe arbitrario ergere ogni previsione costituzionale interna a parametro della legalità della richiesta di consegna"[53].

La sostituzione del parametro europeo a quello meramente nazionale lascia tuttavia irrisolto il problema se all'autorità giudiziaria dell'esecuzione sia consentito o meno un secondo controllo sul rispetto dei principi *di diritto dell'Unione europea* del giusto processo e, più in generale, dei diritti fondamentali dell'individuo accusato. Con l'eccezione del Considerando n. 12, la decisione quadro non contempla questa possibilità, per cui dalla natura tassativa dei motivi di rifiuto di cui agli artt. 3 e 4 dovrebbe conseguire l'impossibilità di procedere in questo senso e dunque di applicare il principio della mutua fiducia anche per ciò che concerne lo scrutinio del rispetto dei diritti fondamentali. Va tuttavia notato che la recente sentenza *Radu*, prima citata, pur non seguendo la posizione più netta suggerita nelle conclusioni dell'Avv. Gen. Sharpston, sembra non escludere che l'autorità richiesta possa svolgere un controllo del mandato di arresto per quel che concerne il rispetto dei diritti fondamentali della persona coinvolta. Essa ha infatti valutato nel merito la questione se la mancata audizione della persona ricercata, prima dell'emissione di un mandato di arresto ai fini dell'esercizio dell'azione penale, fosse compatibile con i dettami degli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali, giungendo ad una conclusione positiva (cfr. par. 31 e ss. della sentenza)[54].

Infine, con riferimento ai processi celebrati *in absentia*, va segnalata la mancata attuazione nell'ordinamento italiano della Decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI,

[53] Sent. 30 gennaio 2007, n. 4164, cit. Nello stesso senso cfr. anche VI sez, pen., 6 febbraio 2008, n. 6416, cit.

[54] Nella prassi italiana, la disposizione della legge n. 69 è stata oggetto anche della sentenza emessa da Cass. Pen., VI sez., 30 gennaio 2008 n. 5400, *Salkanovic*, in cui è stato ritenuto conforme al principio del giusto processo, di cui all'art. 2, co. 1, L. 69 del 2005, il mandato di arresto emesso da autorità francesi sulla base di una sentenza di condanna pronunciata in contumacia: «La consegna è stata disposta in presenza di un titolo formalmente emesso dall'autorità francese sulla base di una sentenza di condanna pronunciata in contumacia. L'opposizione alla condanna contumaciale, se abilita il S. ad essere nuovamente giudicato, non costituisce d'altro canto ostacolo alla consegna, presupponendo anzi l'esercizio di tale garanzia che il condannato si presenti all'autorità giudiziaria dello Stato di emissione per partecipare al nuovo giudizio a suo carico, ove potrà dispiegare ogni attività difensiva, nel rispetto del contraddittorio. (…) È escluso quindi che possa ritenersi un contrasto tra la sentenza della Corte d'appello, che ha deciso in termini favorevoli alla consegna, con la L. n. 69 del 2005, art. 18, lett. g), perché tale norma si riferisce alle sentenza irrevocabili, mentre si è visto che, nel caso, la sentenza francese è revocabile a seguito di opposizione e che, nella specie, si tratta di un mandato di arresto processuale».

2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo (la data termine per il recepimento era il 28 marzo 2011, ma la Repubblica italiana si è avvalsa della clausola di cui all'art, 8, par. 3, della decisione quadro per rinviare il termine al 1° gennaio 2014). Pertanto, non è ancora stato recepito in Italia il nuovo art. 4 *bis* della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, rubricato "Decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente" ed introdotto dalla decisione quadro 2009/299/GAI in sostituzione della precedente disciplina di cui all'art. 5, par. 1, della decisione quadro MAE[55]. In breve, la nuova disciplina prevede che, in caso di processo *in absentia*, l'autorità dello Stato membro richiesto di esecuzione di un MAE possa rifiutare la consegna salvo che il mandato dimostri, in base a parametri *chiari e comuni* codificati nell'art. 4 *bis*, che l'interessato si sia volontariamente sottratto al processo, nonostante ne sia stato inequivocabilmente messo al corrente.

L'applicazione della nuova disposizione ha dato origine ad un nuovo intervento della Corte di giustizia in merito al rapporto tra il sistema della decisione quadro e le garanzie offerte dalle Costituzioni nazionali. Nella causa *Melloni* (C-399/11), decisa dalla Corte con sentenza del 26 febbraio 2013, si è posto il problema della compatibilità, con la disciplina dettata dall'art. 4 *bis*, della giurisprudenza del Tribunal Constitucional spagnolo (giudice remittente), secondo la quale l'esecuzione di un mandato d'arresto emesso ai fini dell'esecuzione di una sentenza pronunciata *in absentia* avrebbe dovuto essere *sempre* subordinata alla condizione che la persona condannata potesse beneficiare di un nuovo processo nello Stato membro emittente[56]. Come precisato dall'Avv. Gen. Bot nelle sue Conclusioni presentate il 2 ottobre 2012, si trattava dunque di capire se la decisione quadro o i principi contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (artt. 47, 48 e 53) potessero giustificare una soluzione maggiormente protettiva nei confronti del soggetto ricercato. Conformemente alle Conclusioni dell'Avv. Gen., la Corte ha ritenuto che la decisione quadro deve essere interpretata nel senso che osta a che l'autorità giudiziaria subordini l'esecuzione di un mandato di arresto emesso ai fini dell'esecuzione di una pena alla condizione che la sentenza di condanna pronunciata *in absentia* possa essere oggetto di revisione

[55] Cfr. F. SIRACUSANO, *Nuove prospettive in materia di processo* in absentia *e procedure di consegna*, in *La cooperazione di polizia e giudiziaria*, cit., p. 85 ss.

[56] Per ulteriori spunti cfr. F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzional*i, Torino, 2013, p. 177 ss.

nello Stato membro emittente (prima questione). Da questo punto di vista, la decisione quadro non è invalida in quanto, così interpretata, non provoca alcuna violazione del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo, di cui all'art. 47, della Carta europea dei diritti fondamentali, nonché dei diritti della difesa di cui all'art. 48 della medesima Carta (seconda questione). Infine, e questo è forse il punto più significativo, la medesima conclusione deve essere raggiunta anche con riferimento all'art. 53 della Carta, nella parte in cui prevede che nessuna disposizione della Carta debba essere interpretata come "limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, (…) e dalle Costituzioni nazionali". Lungi dal consentire l'applicazione di ulteriori condizioni rispetto a quelle codificate all'art. 4 *bis* della decisione quadro – come invece suggerito dal Tribunal Constitucional al fine di garantire uno *standard* più ampio di tutela – in quanto ciò metterebbe a rischio il primato del diritto dell'Unione[57], nell'interpretazione sposata dalla Corte l'art. 53 si limita a confermare che, qualora un atto di diritto UE richieda misure nazionali di attuazione, "resta consentito alle autorità ed ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione" (punto 60). Non essendo questo il caso, in quanto l'art. 4 *bis*, nelle situazioni da esso contemplate, non permette all'autorità richiesta di rifiutare l'esecuzione del mandato di arresto, l'art. 53 non può trovare applicazione (punto 61). Peraltro, conclude la Corte, la soluzione prefigurata dal giudice remittente metterebbe in discussione "l'uniformità dello standard di tutela dei diritti fondamentali definito dalla decisione quadro, una lesione dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci che essa mira a rafforzare e pertanto, un pregiudizio per l'effettività della suddetta decisione quadro". In altri termini, metterebbe a repentaglio i risultati di armonizzazione che gli Stati membri hanno voluto raggiungere attraverso la decisione quadro (punti 62-63).

La conclusione raggiunta dalla Corte non convince a pieno; se il risultato è del tutto condivisibile, alcuni passaggi restano oscuri. In particolare, l'interpretazione fornita all'ultima parte dell'art. 53 non sembra

[57] La Corte precisa quindi che l'art. 53 della Carta non ha come obiettivo quello di "comunitarizzare" la teoria dei controlimiti, come invece suggerito da alcuni autori. Per una ricostruzione del dibattito e la proposta di una diversa soluzione mi permetto di rinviare a R. MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, in AIDA - *Annali italiani di diritto d'autore*, XIV- 2005, Milano, 2006, p. 7 ss.

del tutto in linea con la portata della disposizione, che sembra piuttosto preoccuparsi di garantire che la Carta non "sconfini" dal suo campo di applicazione, incidendo in maniera negativa sulla portata dei diritti dell'uomo riconosciuti (tra l'altro) dalle Costituzioni nazionali nel *proprio* ambito di applicazione. Tuttavia, va da sé che la soluzione della sentenza *Melloni* trascende il caso specifico che l'ha provocata, e si pone come regola di riferimento per ogni ipotesi di "avanzamento", previsto dall'ordinamento interno, dello *standard* di tutela della decisione quadro, anche qualora detto avanzamento sia inteso come doveroso in applicazione di principi costituzionali nazionali, ma non sia contemplato dalla decisione quadro.

DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E PROCEDIMENTI DAVANTI ALLE AUTORITÀ INDIPENDENTI: I PRINCIPI

Patrizia DE PASQUALE·

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. I principi di rilevanza sistematica: l'indipendenza. – 3. *Segue:* il principio delle competenze attribuite alle Ai. – 4. L'applicazione del principio di effettività e di altri principi fondamentali dell'Unione nel procedimento dinanzi le Ai: l'accesso agli atti. – 5. *Segue*: i principi rilevanti nella fase deliberativa o decisoria. – 6. Altre forme di incidenza del diritto dell'Unione europea: le misure cautelari, le decisioni con impegni e i programmi di clemenza – 7. L'incidenza dei principi della CEDU. – 8. Brevi conclusioni.

1. Considerazioni introduttive

L'esame dell'incidenza del diritto dell'UE sui procedimenti dinanzi le Autorità indipendenti (Ai) deve necessariamente partire da una premessa nel segno dell'ovvio. È ben noto, infatti, che la disciplina di tali procedimenti è fortemente ispirata alle corrispondenti regole settoriali dell'UE ed in alcuni casi addirittura le riprende letteralmente (come accade per i procedimenti nazionali *antitrust*). Ed è altrettanto noto che il diritto dell'UE incide sui procedimenti in parola, prim'ancora che attraverso l'introduzione di singoli istituti e diposizioni di dettaglio, attraverso un consolidato *corpus* di principi generali che li fondano e li modellano e che rappresentano il principale paradigma cui attenersi nel giudizio di conformità delle regole nazionali agli *standard* di tutela richiesti dall'Unione. L'individuazione di tali principi, tanto nella loro identità quanto nella dimensione del loro contenuto precettivo, continuano ad essere oggetto di una costante evoluzione in funzione, soprattutto, della prassi e della giurisprudenza. Invero, essi non sempre trovano espressa menzione nei trattati istitutivi e/o nella legislazione derivata, ma talvolta (se non spesso) sono il risultato dell'opera ermeneutica di rilevazione della Corte di giustizia dell'UE. E, se a volte,

· Ordinario di Diritto dell'Unione europea, LUM "Jean Monnet".

costituiscono "solo" dei criteri d'interpretazione, ancora più spesso appaiono dotati di un'efficacia precettiva immediata e sono così in grado di condizionare l'esercizio delle competenze delle Ai.

Il rilievo dei principi dell'UE trova esplicita conferma – ad esempio – nel richiamo ad essi operato dalla legge 241/90 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi)[1], che all'art. 1 sancisce che l'attività amministrativa è retta, tra l'altro, dai «principi dell'ordinamento comunitario»; così come nell'art. 1, co. 4, l. 287/90, che rinvia ai principi dell'ordinamento UE per l'adeguamento ermeneutico delle disposizioni *antitrust* nazionali

Veniamo quindi alla verifica dei principi UE che trovano applicazione nei procedimenti in parola.

In linea generale e procedendo con grandi semplificazioni, è possibile distinguere due tipologie di principi: quelli che assumono rilevanza sistematica e che – direttamente o indirettamente – trovano applicazione in ogni fase del procedimento ed anzi sono destinati a condizionare a monte gli aspetti strutturali delle Ai; e quelli che rilevano soltanto in rapporto a (e nel corso di) specifiche fasi procedurali.

Nella prima categoria, innanzitutto, ritroviamo il principio di effettività, declinato come effettività delle norme dell'Unione e dei diritti attribuiti ai singoli da tali norme e/o da norme nazionali di derivazione europea. Tale principio rileva per due ordini di motivi: da un lato, la sua attuazione avviene spesso attraverso altri principi o ne implica la contemporanea utilizzazione; dall'altro lato, è esso stesso espressione di un principio fondamentale, quale quello di leale collaborazione. Difatti, precise indicazioni a favore dell'impiego del principio di effettività sono deducibili proprio dall'obbligo di leale collaborazione che, come noto, vincola l'esercizio (anche) delle competenze nazionali al rispetto della solidarietà, della cooperazione, della buona fede e della lealtà comunitaria. In altri termini, il principio di effettività è il parametro sulla scorta del quale si valuta l'attività delle Ai, in virtù del rapporto cooperativo e della leale collaborazione tra Unione europea e Stati membri[2]. A tal riguardo, ad esempio, va rammentato che nel considerando n. 6 del reg. 1/2003/CE è stabilito che per garantire un'efficace applicazione delle regole di concorrenza comunitarie è opportuno coinvolgere in maggior misura le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri e che a tal fine ad esse deve essere conferito il potere di applicare il diritto comunitario. E al considerando n. 8 è riconosciuto che

[1] Legge 7 agosto 1990, n. 241 in GU del 18 agosto 1990 n. 192.

[2] Cfr., soprattutto, CARBONE S.M., *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009, p. 10 ss.

il conferimento di tale potere è diretto ad assicurare il corretto funzionamento del meccanismo di cooperazione contenuto nel medesimo regolamento. Tale principio è stato poi confermato nella successiva Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza[3].

D'altro canto, ai principi di effettività e di leale collaborazione sono ispirati i *network* che rappresentano la forma più avanzata di collaborazione non solo tra le *Authorities* in materia di concorrenza (ENC, *European Competition Network* e INC, *International Competition Network*), ma altresì tra i Regolatori per l'energia (IERN *International Energy Regulation Network*), tra le Autorità di vigilanza dei contratti pubblici (PPN, *Public Procurement Network* ovvero la Rete Europea per gli Appalti Pubblici) e tra i Regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC *Body of European Regulators for Electronic Communications*)[4].

Inoltre, il principio in parola appare – sia pure con sfumature diverse – nelle leggi istitutive delle diverse Autorità, dal momento che, per ognuna di esse, sono previste tanto forme di collaborazione orizzontale, con gli altri organi dello Stato e con le altre *Authorities*, quanto forme di collaborazione verticale, con gli organi dell'Unione[5]. Esso è altresì presente in numerose delibere delle stesse Autorità[6].

[3] In GUCE n. C 101 del 27/04/2004.

[4] V., tra gli altri, CHITI E., *L'*Accountability *delle reti di autorità amministrative dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, 2012, p.29 ss.

[5] Cfr. per l'AGCM: Legge 287/90, *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato,* (es. artt. 10, 14, 15); per l'AGCOM: Legge del 31luglio 1997, n. 249., in GU 31 luglio 1997, n. 177, suppl. ord. Tale legge all'art. 16 prevede che: "L'Autorità collabora anche mediante scambi ed informazioni con le Autorità e le amministrazioni competenti degli Stati esteri al fine di agevolare le rispettive funzioni".

[6] Cfr. a titolo esemplificativo, per l'AGCM: Provvedimento 16472, sui programmi di clemenza del 15 febbraio 2007; e, taluni provvedimenti, come quelli sull'accettazione di impegni (es. il provvedimento 2339, *Selecta/Poste Italiane*, del 14 marzo 2012). Per l'AGCOM: in questo settore si registrano talune criticità per quello che riguarda le attività di collaborazione tecnica con il Ministero dello sviluppo economico – Dipartimento per le comunicazioni – per la progressiva digitalizzazione delle reti televisive in Italia e per la gestione delle frequenze che riguardano i servizi di telecomunicazione, giacché "la proficua collaborazione instaurata ha consentito in parte di supplire al grave *vulnus* al riparto naturale di competenze fra Autorità ed Esecutivo prodotto dalla legge n. 66 del 2001, che ha trasferito la competenza al rilascio ed alla vigilanza sui titoli autorizzatori nel settore delle comunicazioni dall'Autorità all'Esecutivo (prima Ministero delle Comunicazioni, ora Ministero dello sviluppo economico). Una scelta incomprensibile, perché in controtendenza con il diritto comunitario e che ha creato zone d'ombra e di incertezza fra le competenze dell'AGCOM e quelle del Ministero. Come può l'Autorità di settore, unica legittimata in Europa, svolgere efficacemente il suo compito se non ha competenza a rilasciare e

In sostanza, si tratta della ben nota applicazione del principio di leale collaborazione nei rapporti tra Commissione e autorità nazionali, nonché tra autorità nazionali di Stati diversi. Meno nota è, invece, la manifestazione di tale principio nei rapporti tra le Autorità di uno stesso Stato membro, che assume particolare rilievo soprattutto nei rapporti tra Autorità che hanno competenze destinate a sovrapporsi. Al riguardo, va rammentato che il Consiglio di Stato, sez. VI, con la sentenza del 10 marzo 2006, n. 1271 ha ricostruito i rapporti tra l'AGCM e l'AGCOM alla luce del principio in parola. Specificamente, è stato affermato che: «*le due Autorità, pur esercitando competenze parallele, debbano coordinarsi in un'ottica di leale collaborazione (anche, se del caso, con lo strumento tipico dell'intesa), e con il fine ultimo e comune di garantire il corretto funzionamento del mercato alla cui vigilanza sono preposte*». Ancora, con la sentenza n. 19892, del 2010, il Tar del Lazio, pronunciandosi su di un caso in cui una medesima fattispecie era stata oggetto di valutazione tanto da parte dell'AGCM quanto dell'AGCOM (peraltro con decisioni di segno opposto), ha ritenuto che «*il rapporto tra le due Autorità deve essere ricostruito in termini di complementarietà […]*».

Nondimeno, l'applicazione del principio della leale collaborazione andrebbe perfezionata, al fine di evitare sovrapposizioni di competenza e, dunque, taluni problemi – registrati dalla prassi – come il concorso materiale di illeciti, con conseguente possibile cumulo materiale di sanzioni, derivante dall'evenienza che una medesima condotta d'impresa divenga oggetto di due distinti e paralleli procedimenti sanzionatori, cui possono per giunta far seguito decisioni di segno opposto o comunque tra loro contrastanti. È evidente come tale situazione, suscettibile altresì di portare ad una violazione del principio del *ne bis in idem*, potrebbe essere scongiurata attraverso una più proficua collaborazione.

Ad esempio, nel caso dei rapporti tra i poteri dell'AGCM e dell'AEEG (Autorità per l'energia elettrica e il gas), con la sentenza n. 720/2011 il Consiglio di Stato – in riferimento a presunte pratiche aggressive dell'ENEL – aveva ammesso che una medesima fattispecie ritenuta lecita da un'Autorità potesse invece essere considerata illegittima da un'altra[7].

soprattutto a vigilare sui titoli di autorizzazione? (Indagine conoscitiva sulle Autorità amministrative indipendenti: audizione del Presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Corrado Calabrò - Commissione I affari costituzionali (Camera dei Deputati), 10 marzo 2010)".

[7] Specificamente, aveva affermato il Consiglio di Stato che "*il rispetto della normativa di settore non valga ad esonerare il professionista dal porre in essere quei*

Tuttavia, con riferimento al medesimo tema (seppur questa volta inerente ai rapporti tra AGCOM ed AGCM) è stata successivamente proprio una sezione del Consiglio di Stato ad aver rimesso la questione interpretativa all'Adunanza plenaria con ben cinque ordinanze del medesimo segno, ritenendo l'orientamento predetto foriero di conseguenze pregiudizievoli per il sistema. E ciò, per giunta, senza che la rilevanza e l'attualità, nonché la problematicità del tema siano venute meno a seguito delle cinque sentenze dell'adunanza plenaria[8], che certamente andranno meglio meditate nella loro portata e nei loro effetti sul riparto di competenze, ma che – già ad un primo esame del dispositivo – non sembrano eliminare del tutto il rischio di conflitti decisionali tra Ai.Da un lato, infatti, l'Adunanza plenaria correttamente osserva che «*la necessità di garantire la coerenza logico-sistematica dell'azione repressiva esige che ad essa provveda un'unica autorità, senza distinzioni fondate su una contrapposizione, inaccettabile sul piano pratico prima ancora che su quello teorico, fra una disciplina "ex ante", affidata alla competenza di una autorità, e una presunta disciplina "ex post", affidata ad una altra autorità, la cui competenza si amplierebbe o si restringerebbe a seconda della maggiore o minore estensione della disciplina dettata dall'autorità di settore*»[9]. Dall'altro, però, la possibilità di un intervento di più autorità rispetto ad una medesima fattispecie non viene tassativamente esclusa laddove si afferma che una medesima clausola – valutabile dall'AGCOM alla luce della regolamentazione settoriale a tutela dei consumatori – possa essere sindacata anche dall'AGCM, restando ferma la «*possibilità che Antitrust valuti autonomamente il profilo anticoncorrenziale di clausole contrattuali, poste in essere nell'ambito di condotte che possano integrare le fattispecie di abuso di posizione dominante o di intese restrittive della concorrenza*»[10]. Peraltro, il rischio di sovrapposizioni di competenze tra Ai nazionali in settori disciplinati dall'ordinamento UE non sembra essere venuto meno nemmeno dopo il criptico intervento del legislatore interno[11].

comportamenti ulteriori che, pur non espressamente previsti, discendono comunque dall'applicazione del più generale principio di buona fede a cui s'ispira tutta le disciplina a tutela del consumatore. Un comportamento commerciale, quindi, può essere sanzionato pur in mancanza della violazione di una specifica disposizione volta a regolamentare il settore […]".

[8] Sentenze dell'11 maggio 2012, nn. 11, 12, 13, 15 e 16.

[9] Cfr. punto 9 della motivazione in diritto dell'Adunanza Plenaria n. 16/2012.

[10] Cfr. punto 11 della medesima sentenza.

[11] L'art. 23, comma 12-*quinquiesdecies*, l. n. 135 del 7 agosto 2012, con una previsione non certo cristallina, dispone ora che "[…] *in materia di pratiche commerciali*

Pari rilievo sistematico, assumono poi: il principio di equivalenza, in virtù del quale il trattamento delle posizioni giuridiche soggettive riconosciute dal diritto UE deve essere il medesimo riconosciuto agli analoghi diritti di fonte interna; il principio della certezza del diritto, inteso – per quanto qui interessa – come trasparenza dell'attività dell'amministrazione, come chiarezza dei suoi atti, nonché come prevedibilità dei provvedimenti da essa adottati[12]; nonché il principio dell'effetto utile delle norme dell'Unione e il principio della tutela giurisdizionale effettiva. Quest'ultimo principio costituisce una rilevante declinazione – se non la principale – del principio di effettività, espressamente prevista nell'art. 19, par. 1, co 2, del TFUE, come modificato dal Trattato di Lisbona, giacché è di palmare evidenza che l'effettività dei diritti attribuiti da norme e principi dell'Unione non può prescindere dalla loro tutela sul piano giurisdizionale e i rimedi giurisdizionali non devono renderla impossibile o eccessivamente difficile. La tutela giurisdizionale effettiva è stata consacrata anche nel codice del processo amministrativo, al fine di garantire la soddisfazione dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio dal ricorrente. Sicché, la tutela dei diritti nei procedimenti amministrativi può essere fatta valere nell'eventuale fase contenziosa, dinanzi ai giudici nazionali.

Ma l'elenco dei principi dell'UE, che riguardano in qualche modo i procedimenti delle Ai e dei diritti correlati (diritto di accesso agli atti, diritto alla difesa e al contradditorio), è lungo e corposo. Qui di seguito, muovendo dal principio di effettività delle norme e dei diritti e prendendo in considerazione gli altri principi che nei procedimenti trovano applicazione, perché espressione diretta dell'effettività o perché dotati di valore autonomo, si valuterà la loro incidenza su alcuni profili

scorrette, la competenza ad accertare e sanzionare le quali è dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, escluso unicamente il caso in cui le pratiche commerciali scorrette siano poste in essere in settori in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati […]".

[12] In particolare, tale principio è stato invocato, in sede giurisdizionale, in relazione alla richiesta di annullamento di delibere delle *Authorities*. A titolo esemplificativo, da *T*elecom Italia SpA dinanzi al TAR Lazio, sentenza del 14 dicembre 2011, in merito alla delibera consiliare n. 179/10/CONS, adottata dall'AGCOM, il 17 maggio 2010, (recante disposizioni in materia di *Mercati dei servizi di raccolta e terminazione nella rete telefonica pubblica (mercati nn. 2 e 3 della Raccomandazione della Commissione Europea n. 2007/879/CE): identificazione ed analisi dei mercati, valutazione di sussistenza di significativo potere di mercato per le imprese ivi operanti ed individuazione degli eventuali obblighi regolamentari*), in contrasto con una decisione resa dalla Commissione Europea il 4 aprile 2011.

strutturali e su alcuni aspetti del procedimento (a partire dall'istruttoria fino ad arrivare all'attività deliberativa o decisoria).

L'analisi sarà condotta tenendo in considerazione, soprattutto ma non esclusivamente, l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato (AGCM) e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), che ai fini del presente lavoro risultano più significative.

2. I principi di rilevanza sistematica: l'indipendenza

Nella prospettiva ora indicata, i principi che influenzano l'articolazione e la forma del procedimento e che si ritiene utile analizzare sono due: *i)* il principio di indipendenza delle autorità amministrative, e *ii)* il principio delle competenze attribuite alle Ai, entrambi necessari, evidentemente, per assicurare l'effettivo carattere garantista del procedimento.

Quanto all'indipendenza, va subito rammentato che l'incidenza del diritto dell'Unione sulle Ai è rinvenibile già nelle leggi istitutive. Infatti, è risaputo che tali autorità, sul modello della Commissione europea, dovrebbero caratterizzarsi per l'indipendenza, per essere organismi tecnici e per la terzietà. La formula, che esprime il punto di massima indipendenza almeno sul piano definitorio, compare in tutte le leggi istitutive delle Ai. Ad esempio, quella che istituisce l'AGCM precisa che essa «opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione». (art. 10, par. 2, l. 287/90).

Nondimeno, su tale requisito incidono (negativamente) sia il sistema di nomina dei membri delle Ai sia il meccanismo di finanziamento delle stesse che, invece, dovrebbero garantire la loro indipendenza non meramente formale[13].

In particolare, i requisiti richiesti dalla legge circa la notoria indipendenza e la legittimazione tecnica dei soggetti nominati risentono della mancanza di un'effettiva giustiziabilità dei parametri di idoneità al ruolo[14]. Si tratta, come risaputo, di una disciplina disorganica; infatti, la

[13] Cfr., R. CHIEPPA, *Poteri esercitati, Procedimento e contradditorio davanti alle Autorità indipendenti*, in *Trattato di Diritto amministrativo,* vol. 4 (*Le Autorità amministrative indipendenti*, a cura di G.P. Cirillo –R. Chieppa), Cedam, 2011, p. 63 ss. V., altresì, GERADIN D. - MUNOZ R. - PETIT N., *Regulation Through Agencies in the EU,* Northampton- Cheltenham, Elgar, 2005.

[14] Si rammenta che sia per l'AGCM sia per l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici (*ex* art., 4, comma 2, legge 11 febbraio 1994, n. 109), l'intesa tra i Presidenti di Assemblea per la nomina dei membri opera già come determinazione perfetta ed

nomina è attribuita: ai Presidenti delle Camere per l'ACGM e per l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; alla Camera e al Senato per il Garante della *privacy* e l'AGCOM; al Governo per l'AEEG e per la Consob.

Avverso tali nomine è difficile configurare un sindacato del giudice amministrativo, in quanto si ritiene che i relativi atti siano assimilabili, in via analogica, alla categoria degli atti politici *ex* art. 31 regio decreto, del 26 giugno 1924, n. 1054, ovvero siano configurabili come atti interni delle Camere con conseguente pronuncia di inammissibilità per difetto di giurisdizione. Ora, posto che le uniche disposizioni relative all'incompatibilità riguardano la condotta dei componenti delle Ai durante e dopo il loro incarico (art. 2, co,. 9 della l. 481/95)[15], ma non anche per il periodo antecedente al conferimento dell'incarico (così evitando, ad esempio, il rischio di nomina di alti dirigenti di società operanti nel mercato controllato) e che, più volte, è stata contestata la carenza di "notoria indipendenza", oppure di adeguate conoscenze tecniche dei membri nominati, sembra necessario che il sistema di nomina sia sottoposto a modifiche sostanziali. Vale a dire che sembra opportuno introdurre meccanismi idonei a valutare *ex ante* l'effettiva rispondenza ai requisiti di imparzialità e di competenza dei membri, ad esempio attraverso un Comitato *ad hoc* simile a quello costituito ai sensi dell'art. 255 TFUE per i componenti della Corte di giustizia; oppure, come avviene negli Stati Uniti, che i designati siano sottoposti ad uno scrutinio al fine di verificare la sussistenza di quei requisiti. Peraltro, questo tema è particolarmente avvertito dall'Unione europea, specie in determinati settori "sensibili"; infatti, la direttiva 2009/140/CE[16], sulle comunicazioni elettroniche, ha sottolineato l'importanza di rafforzare l'indipendenza delle Ai, eliminando ogni forma di ingerenza esterna e/o politica, in funzione delle evidenti esigenze di tutela del pluralismo oltre

efficace. Non accade così per le altre Ai, in cui l'intesa presidenziale è una mera designazione rispetto all'effettivo atto di nomina.

[15] La legge *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (*in *GU* n.270 del 18.11.1995 - *Suppl. Ordinario* n. 136 *),* espressamente sancisce: "per almeno quattro anni dalla cessazione dell'incarico i componenti delle Autorità non possono intrattenere, direttamente o indirettamente, rapporti di collaborazione, di consulenza o di impiego con le imprese operanti nel settore di competenza".

[16] Direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 recante modifica delle direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime e 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, in GUCE L 337, del 18.12.2009.

che della concorrenza. In tale quadro si iscrivono le iniziative volte a rendere pubbliche e trasparenti le procedure di nomina dei dirigenti dell'AGCOM. Ciononostante, le nomine continuano ad essere gestite secondo logiche politiche.

Strettamente collegata a questa problematica è quella relativa al finanziamento. Non vi è dubbio, infatti, che il tema del sovvenzionamento delle autorità sia strettamente legato a quello dell'esercizio delle loro competenze, in termini sia di (buon) funzionamento – e dunque di perseguimento degli obiettivi primari, anche europei, loro affidati – sia, come si diceva, di indipendenza, ma anche di trasparenza, correttezza, terzietà ed imparzialità del loro operato.

Il punto di domanda riguarda qui il *trend* all'ampliamento dell'autofinanziamento delle Ai, che, a seguito dell'ultima "liberalizzazione"[17], diverrà regola generale per l'AGCM. Difatti, sebbene le ragioni di bilancio statale siano comprensibili, il rischio connesso all'autofinanziamento delle *Authorities* è il loro ancoraggio alle logiche del mercato di competenza, rendendole sempre più permeabili alle "esigenze" dei maggiori contribuenti/finanziatori.

Invero, già in precedenza[18], taluni dubbi erano stati sollevati in merito alla legittimità, con il diritto dell'Unione, del sistema di autofinanziamento[19] dell'AGCM con riferimento al contributo dovuto dalle imprese per le operazioni nazionali di concentrazione, introdotto dalla Legge finanziaria 2006[20], giacché era stato sottolineato come il passaggio da un sistema finanziario interamente basato sulle risorse

[17] Legge 24 marzo 2012, n. 27, di conversione, con modificazioni, del decreto legge 24 gennaio 2012, n.1, recante "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività", in G.U. R.I n. 71 del 24.3.2012, S.O. n. 53.

[18] Sia consentito rimandare a: P. De Pasquale, *Ipotesi di discriminazione alla rovescia nel comma 69 della Legge finanziaria 2006*, in *DPCE*, II-2006.

[19] Il finanziamento dell'Agcm è attualmente così strutturato:il trasferimento dello Stato (Ai sensi dell'art. 10, comma 7, della Legge n. 287/1990);

a) il "fondo di solidarietà" da parte delle altre Autorità indipendenti (Ai sensi dell'art. 2, comma 241, della Legge 23 dicembre 2009, n. 191);

b) le contribuzioni a carico delle imprese tenute all'obbligo di comunicazione delle operazioni di concentrazione (Ai sensi dell'art. 10, comma 7-bis, della Legge n. 287/1990);

c) la quota parte delle sanzioni irrogate Ai sensi della normativa in tema di tutela del consumatore (Ai sensi dell'art. 9, comma 1, Decreto Legge 30 dicembre 2008, n. 207).

Cfr. le *Osservazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato al disegno di Legge AS 3110 di conversione in legge del decreto-legge 24 gennaio 2012 n. 1, recante Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*, reperibile su www.agcm.it.

[20] Legge 23. Dicembre 2005, n. 266, in G.U.R.I. n. 302 del 29.12.2005, co. 65-69.

statali ad un modello – per quanto all'epoca ancora limitato – di autofinanziamento portasse *in nuce* un *vulnus* al regime d'indipendenza delle Ai.

Tale rischio appare oggi particolarmente evidente per le autorità di settore chiamate a perseguire interessi pubblici di primaria rilevanza (es. la tutela della concorrenza e del pluralismo), quali l'AGCM e l'AGCOM, finanziate con un contributo annuale delle imprese vigilate.

Con riferimento particolare all'autorità di concorrenza, l'art. 5-*bis* della legge 27/2012 di conversione prevede che a decorrere dal 2013, l'unica modalità di finanziamento di tale Autorità sarà il contributo versato dalle società di capitali con ricavi totali superiori a 50 milioni di euro. Tale contributo sarà pari allo 0,08 per mille del fatturato risultante dall'ultimo bilancio approvato.

Si ritiene, quindi, che tanto il sistema di nomina dei membri quanto quello di finanziamento delle autorità pongano seri profili di contrasto col principio d'indipendenza, specie nella sua accezione di indipendenza *de facto*[21].

Peraltro, tali dubbi trovano conferma in due ordinanze di rinvio del TAR Lazio, alla Corte di giustizia, relative alla compatibilità della normativa italiana sul contributo annuale dovuto all'AGCOM[22]. In particolare, i giudici ritengono che un sistema di contribuzione da parte del mercato, che non sia strettamente correlato ai costi sostenuti dall'autorità per la regolazione *ex ante*, possa violare l'indipendenza richiesta alle Ai dal diritto europeo (nella specie dalle direttive del pacchetto Telecom). Al riguardo, la legislazione nazionale è orientata a coprire con il contributo degli operatori privati tutti i costi dell'Autorità, non coperti da contributo statale – sia pure attraverso un meccanismo che ancora il medesimo contributo alla capacità economica dell'operatore –; mentre, la disciplina dell'Unione impone un contributo strettamente correlato alle spese effettivamente sostenute nell'esercizio dell'attività di regolazione propedeutico al rilascio delle autorizzazioni[23].

[21] Sebbene con riferimento al diverso settore dell'audiovisivo, in tema d'indipendenza di fatto delle autorità nazionali si veda il recente studio *Indicators for independence and efficient functioning of audiovisual media services regulatory bodies for the purpose of en forcing the rules in the AVMS Directive*, reperibile su http://ec.europa.eu/avpolicy/info_centre/library/studies/index_en.htm.

[22] Ordinanze: n. 3139/2012 e n.3135/2012, depositate il 5 aprile 2012.

[23] Cfr. Direttiva 2009/140/CE cit..

3. Segue: *il principio delle competenze attribuite alle Ai.*

Posto che le Ai sono chiamate ad esercitare le competenze espressamente attribuite loro dalle leggi istitutive, va registrata la tendenza di una parte della giurisprudenza amministrativa ad estenderne l'ambito oltre i poteri espressamente previsti dalla legge, in modo funzionale al perseguimento degli obiettivi pubblici primari cui esse sono preposte e per i quali sono state istituite, in perfetta sintonia con la teoria dei poteri impliciti o sussidiari, che dir si voglia.

Afferma, infatti, il Tar Lazio nella sentenza n. 9710/2011 che «*i mercati cui sono preposte le Autorità sono dalle stesse regolati sulla base dell'esercizio di poteri funzionali alle finalità stabilite dal Legislatore, senza necessità di una loro preventiva precisa predeterminazione, confliggendo l'invocata necessità del carattere prescrittivo del dettato normativo – che deve invece limitarsi a stabilire i poteri e le finalità delle Autorità – con l'esigenza di consentire alle Autorità di perseguire i fini per i quali sono state istituite. Il modello cui si ispira la regolazione dei settori di competenza delle Autorità si basa, in sostanza, su norme di indirizzo che, stabiliti i poteri e le finalità delle Autorità, cui sono attribuiti poteri pubblicistici di regolazione, si completano con gli interventi regolatori dalle stesse adottati volti a riempire di contenuto le finalità stabilite dalle norme, dettando le relative regole generali che, in esito al previsto procedimento che prescrive precise garanzie di partecipazione, appaiono le più idonee a regolare le fattispecie*» .

Se è vero che un'interpretazione siffatta porta con sé l'estensione anche delle competenze dell'Unione, nella misura in cui le Ai applicano direttamente disposizioni comunitarie (come nel caso dell'*antitrust*) e concorrono al raggiungimento degli obiettivi dell'Unione, è altrettanto vero che essa è assolutamente coerente col sistema europeo. Infatti, tale orientamento è in linea con il criterio teleologico imposto alle autorità nazionali in sede d'interpretazione tanto delle disposizioni europee quanto di quelle nazionali di derivazione europea e/o comunque interferenti col diritto dell'Unione. Tale obbligo consente la funzionalizzazione della (interpretazione della) norma al migliore perseguimento degli obiettivi che il diritto dell'Unione impone. E all'occorrenza, consente una lettura ampia delle disposizioni attributive di poteri e, quindi, in ultima istanza, un'estensione in via ermeneutica delle competenze delle autorità nazionali chiamate a cooperare alle politiche europee.

4. *L'applicazione del principio di effettività e di altri principi fondamentali dell'Unione nel procedimento dinanzi le Ai: l'accesso agli atti*

Passando ad esaminare l'attività delle Ai, va notato che il principio dell'effettività dei diritti si traduce innanzitutto nell'obbligo di tali *Authorities* di assicurare che le parti del procedimento possano esercitare, liberamente e senza alcun condizionamento, il loro diritto alla difesa. Pertanto, le Ai sono tenute a garantire l'accesso agli atti e, quindi, a trovare un equo e soddisfacente bilanciamento tra il principio della trasparenza e quello della riservatezza.

Sotto questo profilo e senza volersi dilungare su una problematica che, da tempo, impegna tanto la dottrina quanto la giurisprudenza, è necessario rammentare che il diritto di accesso è espressamente riconosciuto dall'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali ed è stato fortemente voluto e difeso dai giudici dell'Unione, che di recente hanno ammesso la possibilità per i terzi di accedere agli atti dell'autorità di concorrenza [24]. Diversamente, va rammentato, la Commissione è sempre stata più restia a concedere l'accesso ai fascicoli istruttori, ritenendo prevalente la tutela dell'efficienza del procedimento in corso.

Peraltro, è utile segnalare che le regole concernenti l'accesso agli atti nei procedimenti dinanzi all'AGCM e all'AGCOM, sono sostanzialmente allineate a quanto analogamente previsto a livello europeo, sia in relazione all'elemento soggettivo (chi può accedere), sia con riferimento a quello oggettivo (per quali atti è possibile chiedere l'accesso) sia, infine, con riguardo ai limiti che tale diritto incontra[25].

[24] V., da ultimo, Corte giust., sent. 14 giugno 2011, C-360/09*, Pfleiderer.* Al riguardo, si rammenta che il reg. 1/2003 e la Comunicazione del 2006 sulla clemenza prevedevano l'accesso ai documenti solo alle parti del procedimento, mentre dei terzi non c'era alcuna menzione. Dall'assenza di un'espressa previsione, la CGUE ha dedotto che nulla vietava ai terzi di poter accedere al fascicolo. Successivamente, il libro bianco ha suggerito di "disciplinare l'accesso dei terzi" in ragione dello scopo di rendere "appetibili" i programmi di clemenza. In merito, v. C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement, Commissione europea e Antitrust nazionale a confronto,* Napoli, 2012, p.154 ss..

[25] Come ha precisato il TAR Lazio, sentenza del 14 settembre 2011, n. 7240, *"il legislatore ha chiaramente specificato come non bastino esigenze di difesa genericamente enunciate per garantire l'accesso, dovendo quest'ultimo corrispondere ad una effettiva necessità di tutela di interessi che si assumano lesi*". E, sempre il TAR Lazio, sentenza del 18 ottobre 2011, n. 8014, ha stabilito che l'interesse all'accesso debba essere – sempre e necessariamente – "*sorretto da un rapporto di ineludibile collegamento con una posizione giuridica soggettiva … l'interesse sotteso all'*actio ad exibendum *è strumentalmente preordinato alla tutela di situazioni giuridicamente rilevanti e, come è noto, deve essere diretto, concreto ed attuale* (cfr., *ex plurimis*, Cons. di Stato, sez. VI, 27 febbraio 2008 n. 721)".

Anzi, in linea generale, il procedimento dinanzi alle Ai si pone nel solco della tutela dei diritti dei soggetti interessati molto più di quanto accada dinanzi alla Commissione[26].

In estrema sintesi, il diritto di accesso implica l'onere per gli Uffici di predisporre l'indice del fascicolo che contiene una breve indicazione di tutti i documenti inclusi, con specificazione di quelli riservati; ma, qualora tali documenti forniscano elementi di prova di un'infrazione o elementi essenziali per la difesa di un'impresa, gli uffici ne consentono l'accesso, limitatamente a tali elementi. Inoltre, sono sottratti all'accesso le note, le proposte ed ogni altra elaborazione degli uffici con funzione di studio e di preparazione del contenuto di atti. La violazione del diritto di accesso invalida il provvedimento finale solo se vi sia stata una sostanziale lesione dei diritti di difesa. In altri termini, risulta particolarmente avvertita l'esigenza di bilanciare la riservatezza delle informazioni di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario con quella dello svolgimento del contradditorio.

Secondo giurisprudenza costante, il diritto in parola è manifestazione del principio della parità delle armi, vale a dire che "accusa" e "difesa" dovrebbero avere a disposizione gli stessi elementi. Infatti, il Tribunale dell'Unione ha chiarito che il principio della parità delle armi presuppone che, in materia di concorrenza, l'impresa interessata e la Commissione abbiano la stessa conoscenza del fascicolo e dei documenti ivi contenuti e che, ai fini della tutela del diritto di difesa, è necessario concedere l'accesso a tutti i documenti, ancorché in versioni non riservate o sotto forma di elenco[27].

Su questa scia, i giudici nazionali hanno precisato che: «*il principio di parità delle armi non comporta che in ogni caso il diritto di accesso prevalga sulle esigenze di riservatezza, ma implica che venga consentito alle imprese di conoscere il contenuto dell'intero fascicolo, con indicazione degli atti secretati e del relativo contenuto e che, in relazioni ai documenti costituenti elementi di prova a carico o comunque richiesti dalle imprese per l'utilizzo difensivo a discarico, la secretazione sia strettamente limitata alla c.d. parti sensibili del documento"* (Consiglio di Stato, dec. 5864/09)».

[26] Cfr. art. 23 della l. 241/90, come modificato dall'art. 4 della l. 3 agosto 1999, n. 265 *Disposizioni in materia di autonomia e ordinamento degli enti locali, nonché modifiche alla legge 8 giugno 1990, n. 142*, in *G.U.RI. n.183 del 6-8-1999 - Suppl. Ordinario n. 149.*

[27] Sent. Trib. del 29 giugno 1995, T- 30/91, *Sovay* e 29 giugno 1995, T- 36/91, *I.C.I.*

In sostanza, con riferimento alla determinazione delle specifiche condizioni in presenza delle quali è consentito l'accesso ai documenti, la giurisprudenza ne ha progressivamente attenuato gli effetti limitativi in funzione di garantire un effettivo esercizio del diritto di difesa. Così, «*qualora i provvedimenti della pubblica autorità ledano in maniera sensibile gli interessi dei destinatari, questi ultimi devono essere messi in grado di presentare tempestivamente le loro difese*»[28].

5. Segue*: i principi rilevanti nella fase deliberativa o decisoria*

Nella fase deliberativa o decisoria, l'esigenza di garantire l'effettività dei diritti e la loro tutela si traduce: a) nell'inderogabile dovere di motivare gli atti e di darne comunicazione alle parti; b) nell'esigenza di assicurare che i provvedimenti siano "proporzionati" all'obiettivo.

L'obbligo di motivazione, sancito espressamente nell'art. 3 della legge 241/1990, si sostanzia nella necessità di «indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria». Tale obbligo, ribadito in vari modi nelle leggi istitutive delle *Authorities* e nei vari regolamenti di procedura sembra rispondere alla necessità di assicurare ai soggetti destinatari il rispetto del diritto in assenza di una responsabilità politica delle Autorità. Invero, da un'analisi della normativa e della giurisprudenza risulta che esso si traduce sia nella necessità di riferimenti precisi e puntuali a questioni specifiche che hanno determinato l'adozione del provvedimento *de quo*[29]; sia nell'opportunità di indicare,ove richiesti,gli esiti delle consultazioni, unitamente alla loro influenza sulla scelta compiuta. Al riguardo, va segnalato che,

[28] Corte giust., sent. 23 ottobre 1974, causa 17/74, in *Racc.*, 1974, I, 1063 ss.; la regola è stata, in seguito, inserita nel regolamento (CE) del Consiglio, 20 dicembre 1993, n. 40, che prevede le osservazioni degli interessati in materia di registrazione di un marchio comunitario e di decisioni dell'Ufficio per l'armonizzazione del mercato, in tal senso Trib., 16 febbraio 2000, causa T-122/99.

[29] Con riferimento alla delibera consiliare n. 179/10/CONS, adottata il 17 maggio 2010, recante disposizioni in materia di "*Mercati dei servizi di raccolta e terminazione nella rete telefonica pubblica (mercati nn. 2 e 3 della Raccomandazione della Commissione Europea n. 2007/879/CE): identificazione ed analisi dei mercati, valutazione di sussistenza di significativo potere di mercato per le imprese ivi operanti ed individuazione degli eventuali obblighi regolamentari*", il TAR Lazio, sez. III, con sentenza del 14 dicembre 2011, n. 9739, ha rilevato che "Nel tessuto motivazionale della delibera impugnata manca infatti qualunque riferimento alla rilevanza e/o alla decisività delle differenze fra le architetture di rete …".

in generale, l'art. 12, della l. 229 del 2003[30], ha esteso alle Ai l'obbligo di dotarsi di metodi di analisi dell'impatto della regolazione; mentre, in particolare nel settore delle comunicazioni elettroniche le garanzie essenziali sulla consultazione dei destinatari degli atti regolatori generali sono state introdotte proprio per effetto dell'influenza del diritto europeo (art. 6 della direttiva 2002/21/CE del 7 marzo 2002, recepita dall'art. 11 del Codice delle comunicazioni elettroniche, d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259)[31].

Si è così progressivamente riconosciuta una stretta interrelazione fra l'obbligo di motivazione e l'effettività delle garanzie partecipative (ed anche qui è evidente l'influenza della prassi delle consultazioni costantemente aperte dalla Commissione prima di elaborare la sua proposta), poiché in tal modo si può facilmente verificare se l'Autorità abbia effettivamente preso in considerazione le pertinenti argomentazioni presentate, nella fase istruttoria, dagli operatori del mercato o dagli utenti del servizio[32]. In particolare, è stato sostenuto che, sotto la spinta del diritto dell'Unione, le attività di *regulation*, che hanno un impatto rilevante sul mercato e sugli operatori, si connotano sempre più come una sorta di normazione giudiziaria che nasce dal contraddittorio[33].

In tale ottica, si è ritenuto che l'obbligo di motivazione non fosse violato quando gli atti svolti in fase istruttoria consentivano di integrarne la completezza e, quindi, di ricostruire il percorso logico compiuto dall'autorità amministrativa[34].

[30] Legge del 29 luglio 2003, *Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione - Legge di semplificazione 2001,* in *G.U.R.I.* 196 del 25 agosto 2003.

[31] Anche nel settore finanziario è previsto l'obbligo di consultazione sul contenuto degli atti regolatori generali (art. 23 della legge sul risparmio), la Consob, già prima di tale specifica previsione normativa, e precisamente sin dall'emanazione del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, ha avviato procedure di consultazione sulla produzione degli atti regolamentari. Specificamente, l'art. 23 della legge sul risparmio dispone che i provvedimenti della Banca d'Italia, della Consob, dell'Isvap e della Covip, aventi natura regolamentare e contenuto generale, devono essere motivati «con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore».

[32] Cfr., altresì la sentenza del TAR Lombardia, Milano, sez. IV, del 10 luglio 2007, n. 5362, che ha ritenuto applicabile l'obbligo di motivazione di una delibera con cui l'AAEG esercitava uno specifico potere tariffario, in deroga all'esenzione contemplata dall'art. 3, comma 2, della legge sul procedimento, proprio alla luce della sua sottoposizione all'analisi di impatto della regolazione. Ed ancora la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, del 19 maggio 2008, n. 5026

[33] In tal senso, Cheli E.*,* in *Indagini conoscitive e documentazioni legislative*, n. 31. *Le Autorità amministrative indipendenti*, Commissione I. Affari costituzionali della presidenza del Consiglio e interni

[34] Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 20 maggio 2010, n. 2007.

Meno convincente, appare la posizione altalenante assunta dal giudice amministrativo che talvolta ha limitato il contenuto della motivazione ai presupposti di fatto e di diritto dell'atto regolatorio, non richiedendo necessariamente, la menzione esplicita delle osservazioni presentate dagli operatori del mercato[35]; talvolta, invece, ha richiesto che la partecipazione contribuisse concretamente al processo regolatorio, imponendo alle Autorità di motivare la decisione finale anche con riguardo alle osservazioni formulate dagli operatori del mercato[36].

Non meno importante appare l'obbligo, in capo alle *Authorities,* di rispettare il principio di proporzionalità. Tale principio è utilizzato soprattutto – ma non solo – per verificare la legittimità di una sanzione in base alla sua idoneità o necessità rispetto ai risultati che si vogliono conseguire. A titolo meramente esemplificativo, il riferimento al principio in parola, è rinvenibile nei provvedimenti sanzionatori, ad esempio dell'AGCM[37]. Quest'ultima, ai fini della valutazione della gravità dell'infrazione, richiama sia i principi enunciati dalla Corte di giustizia, ovvero «*la natura delle condotte, l'importanza delle imprese ed il contesto nel quale i comportamenti sono stati posti in essere*[38], sia la Comunicazione della Commissione 2006/C 210/02 "Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, par. 2, lettera a), del regolamento CE n. 1/2003" che – come risaputo – è interamente ispirata al principio in parola[39].

In altra accezione, il principio di proporzionalità è utilizzato dal Garante per la *privacy*. Già nel Codice in materia di protezione dei dati personali [40] è sancito, all'art. 11, par. 1, in attuazione di norme

[35] Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 2 marzo 2010, n. 1215 e Consiglio di Stato, sez. VI, del 1 ottobre 2002, n. 510522

[36] Consiglio di Stato, sentenza del 27 dicembre 2006, n. 7972.

[37] Con riferimento a tale Autorità, il principio in parola è stato adoperato anche per verificare il bilanciamento operato tra diverse esigenze, come tra la libera circolazione delle merci e il diritto del consumatore a determinarsi consapevolmente in un mercato concorrenziale. In tal senso, TAR Lazio sez. I, sentenza del 1 febbraio 2011, n. 894.

[38] Cfr. Corte giust., sent. 15 luglio 1970, C-45/69, *Boehringer Mannheim GmbH v. Commissione*, punto 53, in Raccolta 1970, p. 769; ripresa e precisata nella sentenza 7 giugno 1983, cause riunite C-100-103/80, *Musique Diffusion Française*, in Raccolta 1983, p. 1825; e nella sentenza 9 novembre 1983, C-322/81, *Michelin,* in Raccolta 1983, p. 3461

[39] Al fine di determinare l'importo base della sanzione occorre poi considerare che, secondo tali Orientamenti: "In linea di massima, la proporzione considerata del valore delle vendite sarà fissata ad un livello che può raggiungere il 30% del valore delle vendite", in ragione "di un certo numero di fattori, quali la natura dell'infrazione, la quota di mercato, l'estensione geografica dell'infrazione e se sia stata o meno data attuazione alle pratiche".

[40] Decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196.

dell'Unione (direttiva 95/46/CE e 2002/58/CE), che i dati personali oggetto di trattamento sono: «… d) pertinenti, completi e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti o successivamente trattati; e) conservati in una forma che consenta l'identificazione dell'interessato per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati».

Al principio di proporzionalità, la giurisprudenza nazionale ha spesso collegato il principio di gradualità. In tal senso, ad esempio, il Consiglio di Stato ha valutato il rispetto del principio di proporzionalità e di gradualità nella riduzione della tariffa per le chiamate vocali su rete H3G [41]. I due principi si trovano talvolta combinati anche nella valutazione delle sanzioni[42].

6. *Altre forme di incidenza del diritto dell'Unione europea: le misure cautelari le decisioni con impegni e i programmi di clemenza.*

Una forte influenza del diritto dell'UE si riscontra poi in relazione ai poteri di alcune Ai di adottare misure cautelari, decisioni con impegni (es. AGCM, AGCOM, AEEG,) e programmi di clemenza (AGCM).

In generale, va notato che, sia a livello nazionale sia a livello europeo, la finalità delle misure in parola non è tanto volta a garantire l'effettività della sanzione, quanto ad intervenire tempestivamente in caso di comportamenti scorretti (attraverso misure cautelari) e a tutelare effettivamente il buon funzionamento del mercato e la tutela dei consumatori (con l'adozione di misure cautelari, decisioni con impegni e programmi di clemenza).

Il sistema predisposto dal reg. 1/2003 ha spinto il nostro legislatore a modificare sostanzialmente la normativa nazionale e ad allinearla al sistema dell'Unione. In Italia, la modernizzazione del diritto *antitrust* si è avuta con il decreto legge del 4 luglio 2006, 223/2006 (c. d. decreto Bersani)[43] che ha delineato un sistema speculare a quello che, da tempo, opera in ambito europeo. Tant'è che lo accompagnano le stesse luci e le stesse ombre.

Prendendo in considerazione esclusivamente l'AGCM, per l'importanza che rivestono tali misure nel settore di sua competenza, va osservato che la prassi rileva taluni problemi sia con specifico riguardo a

[41] Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 23 maggio 2011, n. 3106.

[42] TAR Lazio 1774, sentenza dell'8 marzo 2006.

[43] Convertito con la Legge n. 248 del 4 agosto 2006. Sull'argomento, cfr. C. PESCE, *I nuovi strumenti* cit. p. 55 ss.

ciascuna delle misure in parola, sia in relazione alle ipotesi di loro sovrapposizione, sia con riferimento al difficile rapporto tra *pubblic* e *private enforcement*.

Per quanto riguarda le misure cautelari, occorre ribadire che la spinta alla loro previsione, ad opera del decreto Bersani, è stata fornita dal diritto dell'Unione, se solo si considera che, in questo ambito, era riconosciuto il potere della Commissione di adottare tali misure ben prima dell'entrata in vigore del reg. 1/2003[44].

Aldilà di queste brevi osservazioni introduttive, va segnalato che il bilancio delle misure cautelari risulta negativo, giacché l'impossibilità per le Ai di procedere *inaudita altera parte* e, dunque, la necessità di assicurare sempre il diritto alla difesa e di rispettare i termini prefissati, priva la misura del suo effetto utile, ovvero della possibilità di intervenire con urgenza. Inoltre, l'audizione delle parti e il loro confronto, talvolta, ha reso possibile raggiungere un accordo e formulare impegni che hanno invalidato le misure cautelari e permesso la chiusura anticipata del procedimento, ai sensi dell'art. 14 *ter*. Ma, ciò che più ha inciso sfavorevolmente sui provvedimenti interinali delle *Authorities* è senza dubbio il confronto con i corrispondenti provvedimenti giudiziari in materia di *private enforcement*. È ben noto, difatti, che le misure d'urgenza giudiziarie sono più idonee a tutelare gli interessi delle parti e, di conseguenza, sono preferite.

Quanto alle decisioni con impegni, dopo un primo momento in cui l'AGCM è ricorsa di frequente a tale istituto[45], dimostrando che la riduzione della durata media dei procedimenti, intensifica e migliora l'attività di *enforcement antitrust*; di recente, ha spesso rigettato gli impegni proposti. Infatti, in taluni casi, l'AGCM ha ritenuto le misure inidonee a superare in maniera netta il problema concorrenziale alla base dell'avvio del procedimento [46].

[44] Cfr. Corte giust., ordinanza del 17 gennaio 1980, causa 792/79, *Camera Care.*

[45] Basti ricordare che nel 2009, la percentuale dei casi chiusi anticipatamente con impegni era superiore al 55% dei procedimenti complessivi. O, ancora, che nel corso del 2010, l'Autorità ha fatto decisivo ricorso allo strumento degli impegni dal momento che 10 casi su 11 sono stati conclusi con misure correttive. Infine, il *trend* trova conferme nelle chiusure istruttorie del 2011: quattro casi (Cfr. Provvedimento *Gestione dei rifiuti cartacei – Comieco* del 16-03-2011, n. 22212 (ipotesi di intesa vietata); Provvedimento *A419 Giochi24/Sisal* del 13-4-2011, n. 22301, in *Bollettino* n. 15/2011 (abuso di posizione dominante); Provvedimento *A424 – E Polis/Audipress* del 20-4-2011, n. 22320, in *Bollettino* n. 16/2011 (abuso di posizione dominante). Provvedimento *A378C – Federitalia/Federazione Italiana Sport Equestri (FISE)* dell'8-6-2011, n. 22503, in *Bollettino* n. 23/2011, (ipotesi *ex* artt. 101 e 102 TFUE).

[46] Provvedimento *TNT Post Italia/Poste italiane* del 14-12-2011, n. 23065, in *Bollettino* n. 48/2011; Provvedimento *RatioPharm/Pfizer* dell'11-1-2012, n. 23194, in

Inoltre, va tenuto conto dell'orientamento espresso da una parte della giurisprudenza amministrativa interna, secondo cui «[l]*'accettazione degli impegni richiede necessariamente la verifica della loro idoneità alla riparazione con efficacia retroattiva delle condotte poste in essere e già produttive di effetti potenzialmente lesivi della libera concorrenza*» (Tar Lazio, nella sentenza n. 3964/2011, *Conto Tv c. Sky*). Tale orientamento – attualmente al vaglio del Consiglio di Stato – sembra funzionalizzare il procedimento *antitrust* alle azioni di risarcimento del danno, nella misura in cui impone all'AGCM, nel caso in cui non vengano presentati impegni idonei a rimuovere gli effetti pregressi, di concludere il procedimento con l'accertamento dell'eventuale infrazione, proprio al fine di facilitare le azioni civili consequenziali[47]. Ed in questo senso, dunque, l'istituto degli impegni rischia di perdere quell'*appeal* per le imprese che finora ne aveva garantito il successo[48]; ovvero, la sua valenza di deflazione del contenzioso, giacché è improbabile che un'impresa "graziata" dall'accettazione degli impegni da essa stessi formulati, adisca il giudice amministrativo chiedendo l'annullamento del provvedimento *antitrust.* Piuttosto, sono le parti del procedimento non coinvolte nella procedura di adozione degli impegni ad avere interesse a presentare ricorso di annullamento[49].

Bollettino n. 2/2012; Provvedimento *Servizi di agenzia marittima* del 22-2-2012, n. 23338, in *Bollettino* n.9/2012; Provvedimento *Affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti solidi urbani nel Comune di Messina* del 14-3-2012, n*. 23396*, in *Bollettino* n. 13/2012. Si rinvia a C. Pesce, *I nuovi strumenti cit.,* p.122 ss.

[47] Afferma infatti il Tar Lazio che "*l'accertamento dell'infrazione da parte dell'Autorità, se è evidentemente inidoneo a far venire meno gli effetti anticoncorrenziali irreversibilmente prodotti dalla condotta esaurita dell'impresa che abbia abusato della posizione dominante, è tuttavia idoneo a soddisfare la pretesa sostanziale che, sotto il profilo in discorso, è dedotta in giudizio dalla ricorrente, in quanto potrebbe assumere rilievo probatorio nel contenzioso civile innanzi al giudice ordinario*".

[48] A giudizio del Tar, l'istituto è concepito per fornire una rapida risposta all'interesse pubblico al mantenimento di un mercato concorrenziale, in particolar modo, in fattispecie nuove o complesse rispetto alle quali si pone l'opportunità di addivenire ad una soluzione transattiva piuttosto che espletare la procedura ordinaria. Nondimeno, il giudice di prime cure ha affermato che gli impegni non devono costituire un mezzo per evitare la sanzione, diminuendo così l'efficacia deterrente della missione affidata all'AGCM, in quanto le decisioni *ex* art. 14 *ter* non producono quell'effetto di chiarimento della regola giuridica che deriva, invece, dalle decisioni di infrazione. (TAR del Lazio, sez. I, sent. 23-1-2008, n. 2902, *Vodafone).*

[49] TAR Lazio, sez. I, sent. 10-10-2007, n. 14157, *Vernici Marine*; sent. 21-11-2007, n. 12460, *Pannelli Truciolari*; sent. 23-1-2008, n. 2901; sent. 7-4-2008, n. 2900, *Wind*; sent. 16-4-2008, n. 5578, *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*; sent. 19-11-2008, n. 10428 *FISE*; sent. 23-1-2008, n. 2902, *Vodafone*; sent. 22-4-2009, n. 5005, *Servizi Soccorso Autostradale*; sent. 8-5-2009, n. 4994, *ACI Global.*

Invero, la decisione con impegni presenta vantaggi sia per la stessa Autorità sia per gli amministrati. Da un lato, l'Ai riesce a concludere la procedura velocemente con effetti positivi per il mercato. Dall'altro lato, le imprese ottengono una più rapida conclusione delle indagini, con due benefici precisi: viene azzerato il rischio di subire pubblicità negativa e di andare incontro a sanzioni; si rende più difficile il proficuo esperimento delle azioni risarcitorie, dal momento che solo la decisione di accertamento della condotta anticoncorrenziale può valere come prova – ed anzi è la prova principale – in un'azione risarcitoria proposta contro le imprese da parte di terzi che lamentano di aver subito danni da tale pratica.

Nel settembre 2012, l'AGCM ha approvato la nuova Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14-*ter* della l. n. 287/1990, relativa alle modalità di presentazione degli impegni e alle procedure per la valutazione degli stessi. La delibera, in vigore dal 17 settembre 2012, conferma le modifiche oggetto della relativa bozza sottoposta, nel maggio dello stesso anno, a consultazione pubblica al fine di proporre una regolamentazione (il più possibile) condivisa. Nello specifico, le parti del procedimento istruttorio che intendano proporre degli impegni possono presentare, «… *con congruo anticipo rispetto al termine di tre mesi previsto* …" dal citato art. 14-*ter*, "*una versione non definitiva degli stessi. A seguito di tale presentazione preliminare le parti interessate potranno essere sentite dalla Direzione competente esclusivamente al fine di fornire le precisazioni o i chiarimenti che fossero necessari per la comprensione del contenuto degli impegni proposti*…». Questa possibilità non solleva comunque le imprese dal far pervenire all'AGCM la versione definitiva degli impegni proposti, salvo richiedere una motivata proroga di tale termine. L'AGCM specifica che, ad ogni modo, il termine di tre mesi ha «… *carattere perentorio in ragione della finalità della norma, che ha una funzione deflativa* …», permettendo, da un lato, un'ottimizzazione delle risorse dell'AGCM (che in questi casi riducono in maniera significativa l'attività istruttoria), dall'altro, diminuire i casi di contenzioso amministrativo (eventualmente derivanti dall'impugnazione presso il TAR Lazio delle decisioni adottate a valle delle istruttorie).

Venendo, infine, ai programmi di clemenza, come noto, l'AGCM ha avuto modo di applicarli soltanto in cinque procedimenti, rispet-

tivamente del maggio 2007[50], del marzo e dicembre 2010[51], del giugno 2011[52] e del febbraio 2012[53]..

Il vero deterrente per le richieste di *leniency* è la minaccia di azioni civili, dal momento che la concessione dell'esenzione o della riduzione della sanzione non sottrae l'impresa dalle conseguenze sul piano del diritto civile derivanti dalla sua partecipazione alla violazione delle regole a tutela della concorrenza[54]. Vale a dire che il beneficio sanzionatorio non incide affatto sulla possibilità di esperire pretese risarcitorie. Anzi, è più che probabile che un'azione per danni da parte di privati segua una decisione dell'autorità pubblica di concessione della clemenza (c.d. *follow on actions*) e che le informazioni contenute nella decisione (*rectius* le informazioni fornite dall'impresa pentita) siano poste a fondamento della pretesa risarcitoria stessa e siano utilizzate come prova dell'illecito anticoncorrenziale nel giudizio civile.

Pertanto, se è vero che la scelta di non irrogare la sanzione va letta alla luce dei principi di tutela del mercato e dei consumatori, nel senso che la clemenza pone fine all'accordo illecito provocandone una sorta di "implosione", è altrettanto vero che l'assenza di sinergia tra l'azione pubblica e l'azione privata pone in un cono d'ombra l'effettività/efficacia della *leniency*. Si tratta evidentemente di un problema emerso a livello dell'Unione, che si riflette anche a livello nazionale.

[50] Il primo caso di *leniency* italiana risale al 2007 all'indomani della Comunicazione dell'AGCM. Si tratta del Provvedimento *Produttori di pannelli truciolari in legno* del 17-5-2007, n. 16835, in *Bollettino* n. 20/2007, conclusosi con l'immunità totale per il *Gruppo Trombini*.

[51] Il secondo caso di clemenza ha riguardato la società *ENI* nel Provvedimento *Prezzo del GPL per riscaldamento Regione Sardegna* del 24-3-2010, n. 20931, in *Bollettino* n. 12/2010. Il terzo caso di *leniency* è il Provvedimento *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici* del 15-12-2010, n. 21924, in *Bollettino* n. 49/2010. In merito al calcolo delle sanzioni irrogate alle altre imprese parti dell'intesa, cfr. TAR del Lazio, sez. I, sent. 17-11-2011, n. 8945; sent. 11-4-2012, da n. 3274 a n. 3281.

[52] Provvedimento *Logistica internazionale* del 15-6-2011, n. 22521, in *Bollettino* n. 24/2011. Cfr. TAR del Lazio, sez. I, sent. 29-3-2012, nn. 3027; 3030-3037; 3039-3040;

[53] Provvedimento *Servizi di Agenzia Marittima* del 22-2-2012, n. 23338, in *Bollettino* n. 9/2012.

[54] Comunicazione del 1996, sez. E., p.to 4; Comunicazione del 2002, p.to 31; Comunicazione del 2006, p.to 39: «La concessione dell'immunità da un'ammenda o della riduzione del suo importo non sottrae l'impresa alle conseguenze sul piano del diritto civile derivanti dalla sua partecipazione ad un'infrazione dell'articolo 81 del trattato CE».

7. L'incidenza dei principi della CEDU

Da ultimo, va segnalato che l'articolato catalogo di principi che trovano applicazione nei procedimenti dinanzi le Ai si è andato arricchendo dei principi contenuti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Invero, già da tempo i principi stabiliti in tale Convenzione sono richiamati sia dai giudici nazionali sia da quelli dell'Unione. E, non vi è alcun dubbio che taluni di questi siano destinati ad incidere – e in parte già hanno inciso – sui procedimenti dinanzi alla Ai. Si pensi, ad esempio, al principio dell'equo processo (art.6), a quello *nulla poena sine lege* (art. 7), al diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), al diritto a un ricorso effettivo (art. 13), al principio del *ne bis in idem* (art. 4 del Protocollo n.7).

In realtà, il cammino verso l'accoglimento dei principi sanciti dalla CEDU, in settori particolari come quelli disciplinati dalle Ai, non è stato semplice e non può dirsi terminato. A ben vedere, anzi, il processo è appena all'inizio e risulta tutt'altro che immediato e diretto. Infatti, se taluni principi sono entrati a far parte del bagaglio delle garanzie procedurali assicurate dall'Unione europea altri, invece, continuano ad incontrare forti resistenze. E, sebbene la questione riguardi, al momento, soprattutto – se non esclusivamente – i rapporti tra le due Corti, è di palmare evidenza che le pronunce dell'una e dell'altra influenzano l'operato delle Ai (come in parte è già stato messo in evidenza). Così, dopo che il principio della ragionevole durata del procedimento, di cui all'art. 6 CEDU, come viene interpretato dalla Corte di Strasburgo, è stato ritenuto applicabile, per analogia, nei ricorsi giurisdizionali promossi contro le decisioni della Commissione che sanzionano violazioni di norme in materia di concorrenza[55], si è cominciato a ritenere indispensabile che anche le Autorità si facessero carico del problema. Inoltre, sono stati richiamati, ma non sempre accolti, altri importanti diritti, come il diritto al termine ragionevole nell'adottare decisioni che comportano sanzioni (sempre alla luce dell'art. 6); il *ne bis in idem,* nel settore della concorrenza (art. 13 CEDU); il diritto a non autoincriminarsi. Con riferimento a quest'ultimo principio, la Corte

[55] Corte giust., sent. *Baustahlgewebe*, del 17 dicembre 1998, C-185/95 P, in *Racc*. p. I-8417 ss. Da ultimo vedi sentenza *Papierfabrik,* del 3 settembre 2009, C-322/07 P, C-327/07 P e C-338/07 P. Come noto, la Corte di giustizia, sin dalla sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*, del 17 dicembre 1970, C-11/70, in *Racc*. p. I-1125 ss., ha stabilito che i diritti fondamentali fanno parte dei principi fondamentali del diritto comunitario di cui la Corte stessa deve garantire l'osservanza (punto 4).

EDU, nella sentenza *Funke*, del 25 febbraio 1993, relativa a un procedimento in materia di intese che aveva condotto all'irrogazione di un'ammenda, aveva ritenuto che ogni misura diretta a costringere persone fisiche o giuridiche sottoposte a un procedimento di indagine a incriminarsi mediante un'azione fosse contraria all'art. 6, n. 1, della CEDU[56], indipendentemente da quanto previsto dalla disposizione del diritto nazionale invocata dall'amministrazione che conduce l'indagine. In tal modo, la Corte ha stabilito che il diritto di non autoincriminarsi debba trovare applicazione altresì nell'ambito di un procedimento nazionale. Infatti, l'art. 6 della CEDU non solo consentirebbe alle persone sottoposte a un procedimento che può condurre all'irrogazione di un'ammenda di rifiutare di rispondere alle domande o di fornire documenti contenenti informazioni sull'obiettivo delle pratiche anticoncorrenziali, bensì istituirebbe un diritto di non autoaccusarsi mediante un'azione. Il principio riconosciuto e tutelato anche dai giudici dell'Unione, è stato recentemente messo in discussione dal Tribunale dell'UE [57] nella sentenza *Deltafina.* Il Tribunale ha stabilito che, al termine del procedimento, la Commissione possa negare all'impresa cui ha concesso l'immunità condizionata, l'esenzione definitiva, qualora l'*applicant* abbia rivelato ai suoi concorrenti la richiesta di clemenza, in maniera volontaria, senza informarne l'Autorità UE e prima che siano stati svolti gli accertamenti relativi all'infrazione in oggetto. La sentenza è stata impugnata, il 18 novembre 2011, dinanzi alla Corte di giustizia (C-578/11 P).

Neppure vanno tralasciate due recenti decisioni della Corte di Strasburgo che, sia pure indirettamente, affrontano la delicata questione della natura della sanzione irrogata da Autorità della concorrenza (italiana nel primo caso e francese, nel secondo caso), della proporzionalità della stessa, nonché talune problematiche relative allo svolgimento del procedimento dinanzi a tali Autorità.

La sentenza *Menarini*[58], riguarda la compatibilità del sistema nazionale di controllo delle sanzioni *antitrust* da parte dell'AGCM con i principi fondamentali garantiti dall'art, 6, par.1, della CEDU. E, precisamente, si inserisce nel dibattito sulla delicata questione

[56] L'art. 6 della CEDU prevede che "*[o]gni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti ad un tribunale indipendente ed imparziale costituito per legge*".

[57] Corte giust., sent. del 9 settembre 2011, T-12/06, *Deltafina S.p.A. c. Commissione.*

[58] Sentenza del 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics S.r.l c. Italia*.

dell'assimilabilità del procedimento dinanzi alle Ai, a un procedimento di tipo giurisdizionale di natura penale.

Nella sentenza, la Corte[59] qualifica la sanzione inflitta dall'AGCM di carattere penale, in virtù del suo ammontare elevato (6 milioni di euro), ritenendo, quindi, applicabile l'art. 6 della Convenzione. Inoltre, considera, nel merito, rispettoso dei principi del giusto processo il procedimento italiano di controllo sulle sanzioni dell'autorità *Antitrust*[60].

La questione della compatibilità del sistema di controllo delle Ai di concorrenza con i diritti fondamentali è stata riproposta, recentemente, per l'operato dell'Autorità di concorrenza francese[61], nel caso *Bouygues c. Francia*, del 13 marzo 2012. Nel caso *de quo* la società francese lamentava, innanzitutto, una violazione del principio del giusto processo e, segnatamente, del principio della parità delle armi, in quanto nel giudizio di appello contro la decisione sanzionatoria dell'Autorità francese si sarebbero costituiti, oltre all'autorità, anche il Pubblico ministero ed il Ministro dell'Economia. La Corte ha tuttavia avuto modo di chiarire che ai fini dell'applicazione del giusto processo non rileva quante o quali autorità pubbliche intervengano in giudizio a sostegno dell'accusa, ma è sufficiente che tali autorità non beneficino di privilegi procedurali e che la ricorrente sia messa nelle condizioni di rispondere in maniera adeguata a tutti gli argomenti svolti dalle varie controparti, cosa che era ampiamente avvenuta nel caso di specie.

Ma, per quanto qui interessa, rileva l'altro motivo di doglianza della società francese, consistente nell'asserita assenza di un'udienza pubblica nel procedimento svolto dall'Autorità. A tal proposito, la Corte ha evidenziato che l'assenza di una pubblica udienza non inficia le garanzie del giusto processo, qualora sia compensata *dal doppio controllo giurisdizionale* (nella fattispecie della Corte d'Appello e della Corte di Cassazione*)* che operano un sindacato di tipo forte sia in fatto

[59] La Corte dei diritti dell'Uomo di Strasburgo si è pronunciata in seguito ad un ricorso presentato dalla Menarini Diagnostics S.r.l a cui l'AGCM, all'esito di istruttoria, aveva inflitto una sanzione di 6 milioni di euro per pratiche collusive nel mercato dei test diagnostici per il diabete confermata tanto dal TAR quanto dal Consiglio di Stato.

[60] Il giudizio della Corte si fonda sul rilievo secondo cui il controllo esercitato dagli organi della giurisdizione amministrativa italiana non si riducono ad un "*mero controllo di legittimità*" in quanto, pur essendo incontestabile che il giudice amministrativo non può sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'autorità indipendente, qualora quest'ultima eserciti il proprio potere discrezionale, è pur vero che lo stesso giudice può verificare che l'amministrazione abbia esercitato correttamente i propri poteri procedendo ad un'analisi dettagliata riguardo all'adeguatezza della sanzione rispetto a criteri rilevanti (tra i quali la proporzionalità della sanzione medesima) ed ove riscontrata una incongruenza annullare o sostituire il provvedimento.

[61] Cfr. Corte EDU, sent. del 13 marzo 2012 *Bouygues c. Francia*, 2324/08.

(limitatamente alla Corte d'Appello), sia in diritto. E in ogni caso, essendo l'AAF (come molte altre autorità nazionali di concorrenza nell'UE) un'autorità amministrativa indipendente e non un tribunale, non vi è necessità per la stessa di garantire un contraddittorio pubblico ai sensi dell'art. 6 della CEDU.

Le due sentenze testimoniano il crescente interesse per: il carattere para-penale dei procedimenti amministrativi in relazione all'applicazione del diritto della concorrenza (in particolare, alla luce delle rilevanti sanzioni), l'ampia discrezionalità di cui godono le autorità di concorrenza e l'esigenza di un pieno esercizio dei diritti di difesa.

Va altresì rammentato che in materia di garanzie procedimentali delle Ai, una delle sentenze più rilevanti continua ad essere la sentenza *Società Colas Est ed altre c. Francia* n. 37971/97, del 16 luglio 2002, nella quale la Corte di Strasburgo ha esaminato la compatibilità con l'art. 8 della CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare) di ispezioni condotte da Ai nei confronti di società, sospettate di comportamenti anticoncorrenziali[62]. Interpretando estensivamente la disposizione, la Corte ha ritenuto che, in determinate circostanze, i diritti garantiti dall'art. 8 della Convenzione, possano includere, per una società, il diritto al rispetto della sede sociale, dell'agenzia o dei locali adibiti ad uso professionale. E, ritenendo violato l'art. 8, ha sottolineato che, se l'ampiezza di talune operazioni condotte al fine di evitare la scomparsa o la dissimulazione di elementi di prova di pratiche anticoncorrenziali, giustifica le ingerenze al domicilio, occorre allora che la legislazione e la pratica in materia offrano garanzie adeguate e sufficienti contro gli abusi. Tale sentenza rileva, aldilà del preciso disposto, perché si pone in contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia che – come risaputo – respinge l'interpretazione secondo cui la tutela dell'art. 8 CEDU vada applicata anche ai locali commerciali (sentenza *Hoechst*)[63] e alle procedure di controllo del rispetto della concorrenza (sentenza *Limburgse Vinyl Maatschappij NV e. a.* c. *Commissione*)[64]. Atteggiamento confermato, di recente, nella sentenza del 28 giugno 2012, causa C- 477/10, *Commissione/Agrofert Holding*, nella quale la Corte non ha accolto il suggerimento dell'Avv. Gen. P.

[62] Il caso di specie riguardava due ispezioni compiute dalla *Direction des Enquêtes,* organo ispettivo della *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes* (DGCCRF), nel 1985 e 1986, presso i locali di cinquantasei società con sede in Francia, per la verifica di comportamenti anticoncorrenziali.

[63] Corte giust., sent. del 21 settembre 1989, C-46/87.

[64] Tribunale di prima istanza delle Comunità Europee, sentenza del 20 aprile 1999, cause riunite T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 e T-335/94.

Cruz Villalón che nelle sue conclusioni, dell'8 dicembre 2011, aveva richiamato l'art. 8 CEDU non in relazione all'ispezione presso il domicilio, bensì in relazione all'obbligo di trasparenza imposto alla imprese parti di una concentrazione. Ed aveva ritenuto che tale obbligo potesse risultare incompatibile con la loro stessa sopravvivenza e avere ripercussioni sulla vita privata, «*nella misura in cui tale concetto risulta applicabile alle attività commerciali di persone giuridiche in conformità della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione all'art. 8 CEDU*».

In sostanza, la disamina compiuta, per un verso, conferma i due assunti di partenza, ossia che l'incidenza dei principi CEDU sui procedimenti dinanzi alle Ai non è immediata e diretta e, secondariamente, che molteplici sono ancora i punti di frizione che devono essere risolti e che, attualmente, condizionano negativamente il sistema di garanzie predisposto, anche in ambito nazionale; per altro verso, consente di aggiungere un corollario al secondo assunto. Infatti, quando sarà concluso il processo di adesione dell'Unione alla CEDU, di cui all'art. 6, par. 2, TUE, il livello di tutela di tali diritti ne uscirà sicuramente rafforzato.

Non solo. Occorre segnalare che la CEDU costituisce sempre più una fonte di ispirazione per le Ai e per le parti coinvolte nel procedimento; tuttavia, la tutela dei diritti da essa riconosciuti è utilizzata spesso in modo distorto. In sostanza, ad un atteggiamento caratterizzato da una preferenza accordata alle esigenze economiche delle imprese e del mercato piuttosto che alla tutela dei diritti soggettivi, si è sostituita una propensione di segno opposto e contrario. E, all'evidenza, entrambe le posizioni appaiono non corrette e distanti da un equo e proficuo bilanciamento di esigenze ugualmente importanti e rilevanti al quale è, invece, necessario tendere.

8. Brevi conclusioni

Riannodando ora il filo fin qui seguito, non c'è dubbio che si riveli sempre proficuo l'esercizio di considerare i procedimenti nazionali delle Ai rispetto ai parametri imposti dal diritto UE ed allo *standard* di tutela da esso prescritto, esercizio che rivela ogni volta all'interprete zone "grigie" in cui l'ordinamento nazionale andrebbe ricondotto a maggiore conformità rispetto a quello europeo, non fosse altro che per il principio del primato del diritto dell'Unione e l'obbligo di interpretazione

conforme che – come accennato in premessa – presidiano anche l'ambito in questione.

Ciò che però occorre evidenziare – e che per certi versi sembra stupefacente– è come il livello di adeguamento al diritto del'UE degli ordinamenti nazionali in tema di procedimenti delle Ai possa ormai ritenersi fortemente avanzato rispetto alle regole puntuali e di dettaglio (l'*antitrust* ne è la dimostrazione più evidente), ma "pecchi" tuttora proprio in riferimento alle norme primarie e primigenie di tali procedimenti, ovvero i principi. È rispetto a quest'ultimi, appunto, che il giudizio di compatibilità non sembra possa ancora essere sufficiente; e ciò – se si vuole – è ancor più preoccupante.

Di tutti i principi sin qui analizzati, poi, uno sembra assumere, oggi, preminente rilievo, ed è l'indipendenza (vera *ratio* dell'istituzione stessa delle *Authorities*); ciò anche in considerazione – come accennato – del legame sempre più stretto delle Ai col mercato per l'accesso alle risorse finanziarie necessarie all'esercizio dei loro poteri. Indipendenza che è garanzia dell'effettività delle norme e dei diritti attribuiti ai singoli, persone fisiche e giuridiche[65], ma che non è stata nemmeno valorizzata dalla stessa giurisprudenza UE, se non – come noto – per l'aspetto della

[65] Ciò detto, occorre rammentare che l'indipendenza delle *Authorities* (anche di quelle nazionali) assume nell'ordinamento dell'Unione la valenza di principio generale trasversale a tutti i settori ed organismi di vigilanza e/o regolazione, sulla cui scorta è possibile valutare l'autofinanziamento recentemente introdotto per l'AGCM (pur valendo naturalmente il discorso per ogni altra Ai). In particolare, richiami al principio d'indipendenza delle *Authorities* ed ai suoi corollari si rinvengono *inter alia*:

- all'art. 130 TFUE sul Sistema europeo di banche centrali, laddove si stabilisce che "*né la Banca centrale europea né una banca centrale nazionale né un membro dei rispettivi organi decisionali possono sollecitare o accettare istruzioni dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione, dai governi degli Stati membri né da qualsiasi altro organismo"*;
- nel *Libro bianco sui servizi di interesse generale* del 2004, in cui la Commissione evidenzia come "[i]*l principio di trasparenza è un concetto chiave per lo sviluppo e l'attuazione di politiche pubbliche riguardanti i servizi di interesse generale*" e "*garantisce che le autorità pubbliche possano successivamente esercitare le proprie competenze e che le scelte vengano fatte su base democratica* […]" (§ 3.8);
- nelle direttive europee sul trattamento dei dati personali, in base alle quali "*la garanzia dell'indipendenza delle autorità nazionali di controllo è diretta ad assicurare l'efficacia e l'affidabilità del controllo del rispetto delle disposizioni in materia di protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali*" (così Corte di Giustizia, sentenza 9 marzo 2010, causa C-518/07, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*, § 25);
- -all'art. 30 della dir. 2010/13/UE *sui servizi di media audiovisivi*, che impone agli Stati membri di istituire organismi di regolazione indipendenti.

legittimazione a sollevare rinvio pregiudiziale[66].Non occorre infatti ricordare che la Corte, dopo aver precisato che la revoca o l'annullamento della nomina dei membri dell'autorità *antistrust* non risultano soggetti a particolari garanzie (d'indipendenza), ha escluso i rinvii pregiudiziali di tali Ai, sotto il profilo formale, per il potere d'avocazione attribuito alla Commissione dall'art. 11, co. 6, del reg. 1/2003; sotto il profilo sostanziale, perché intende decongestionare il suo lavoro, "risparmiandosi" di colloquiare con autorità amministrative sottoposte pur sempre ad un sindacato di legittimità da parte del giudice interno. Gli stessi principi – e quindi la medesima preclusione – possono essere estesi alle altre Ai, considerato che anche le loro decisioni sono impugnabili dinanzi ad un organo giurisdizionale

Strano ma vero, l'indipendenza *de facto* delle Ai resta dunque una terra da esplorare, anche per l'ordinamento UE.

[66] Corte giust., sent. del 31 maggio 2005, C-53/03, *Syfait e a.*, Racc. 2005, pag. I 4609.

DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E PROCESSO COSTITUZIONALE

Paola IVALDI*

SOMMARIO: 1. La rilevanza delle norme dell'Unione provviste di effetti diretti nell'ambito del giudizio incidentale dinanzi alla Corte costituzionale. In particolare, i principi generali. – 2. *Segue*: la rilevanza della CEDU e della Carta dei diritti fondamentali. – 3. *Referendum* abrogativo e disposizioni legislative interne necessarie per l'adempimento degli obblighi derivanti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea. – 4. Norme dell'Unione in quanto norme interposte nel giudizio di costituzionalità. La questione della legittimazione della Corte costituzionale al rinvio pregiudiziale. – 5. *Segue*: la giurisprudenza successiva alle pronunce del 2008: profili evolutivi. – 6. La Corte costituzionale e l'interpretazione conforme. – 7. La Corte costituzionale come giudice dei controlimiti.

1. La rilevanza delle norme dell'Unione provviste di effetti diretti nell'ambito del giudizio incidentale dinanzi alla Corte costituzionale. In particolare, i principi generali

Nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale, il diritto comunitario – oggi, quello dell'Unione europea – assume rilevanza sia come norma interposta, ai fini dell'integrazione del parametro costituito dagli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., sia ad altro titolo[1].

Ricadono nella prima ipotesi i casi nei quali viene prospettato in via incidentale il contrasto tra norme interne e norme dell'Unione, a condizione che queste ultime siano prive di effetti diretti[2], nonché i casi nei

[1] Il dibattito dottrinale sul tema è vastissimo, tanto da scoraggiare il tentativo di darne esaustivamente conto in questa sede. Nelle note che seguono i richiami bibliografici, del tutto essenziali, saranno limitati ai contributi specifici relativi ai singoli profili analizzati.

[2] Corte cost., sentt. n. 403 del 1987 e n. 85 del 1988; ord. n. 45 del 1989; sentt. n. 534 del 1992, n. 134 del 1996 e n. 330 del 1996; ord. n. 267 del 1999; sent. n. 281 del 2000, ordd. n. 288 del 2006, n. 196 del 2007, n. 109 del 2008 e n. 325 del 2009; sentt. n. 214 del 2009, n. 24 del 2010, n. 28 del 2010 e n. 227 del 2010, ord. n. 222 del 2011.

quali il conflitto si evidenzia, nell'ambito del giudizio in via principale, anche con norme dell'Unione fornite di effetti diretti[3].

Rientrano invece nella seconda ipotesi, configurata in via residuale, i casi, di rilievo esclusivamente processuale, nei quali viene prospettata una questione incidentale di legittimità costituzionale di disposizioni interne in contrasto con disposizioni dell'Unione provviste di efficacia diretta: in tali circostanze, la Corte costituzionale dichiara la questione inammissibile per difetto di rilevanza[4].

Si registra così un primo arretramento della Corte costituzionale che, a garanzia del primato del diritto dell'Unione, rimette al giudice comune il compito di comporre l'antinomia mediante disapplicazione delle norme interne[5]. È appena il caso di ricordare che, in ossequio ai principi affermati dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza *Granital*[6], quando si profila una situazione di conflitto nei termini appena indicati, le norme interne non conformi a norme dell'Unione (antecedenti o successive) dotate di effetti diretti risultano non applicabili sulla base di una valutazione che spetta al giudice comune effettuare (salvo il limite del rispetto dei principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato e la tutela dei diritti inalienabili della persona)[7]. In tali circostanze, la norma interna «si ritrae e non è più operante»[8] ed il ruolo della Corte eventualmente adita si esaurisce – una volta accertata l'efficacia diretta della norma dell'Unione – in una valutazione in ordine alla (non) rilevanza della questione.

Nel valutare la conformità della norma interna con l'ordinamento dell'Unione al fine di procedere alla sua eventuale disapplicazione, il

[3] Corte cost., sentt. n. 285 del 1990, n. 132 del 1996, n. 365 del 1997, n. 398 del 1998, n. 424 del 1999, n. 536 del 2002, n. 226 del 2003, n. 176 del 2004, n. 286 del 2005, n. 406 del 2005, n. 129 del 2006, n. 51 del 2007, n. 51 del 2008, n. 249 del 2009, n. 325 del 2010, n. 185 del 2011 e n. 191 del 2012.

[4] Corte cost., sentt. n. 170 del 1984, n. 47 del 1985, n. 48 del 1985, n. 113 del 1985; ordd. n. 29 del 1986, n. 124 del 1986, n. 141 del 1986, n. 142 del 1986, n. 274 del 1986, n. 275 del 1986, n. 212 del 1987; sent. 389 del 1989; ordd. n. 132 del 1990, n. 168 del 1991, n. 509 del 1995, n. 238 del 2002, n. 454 del 2006 e n. 415 del 2008; sent. n. 125 del 2009; ord. n. 258 del 2011. In argomento, per tutti, R. LUZZATTO, *Il diritto europeo e la Costituzione italiana dopo la riforma dell'art. 117*, in *Dir. Unione eur.*, 2008, p. 1 ss., spec. p. 5; G. TESAURO, *Costituzione e norme interne*, *ivi*, 2009, p. 195 ss., spec. p. 206; M. CONDINANZI, *Unione europea e adattamento*, in S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTAMARIA, *Istituzioni di diritto internazionale*[4], Torino, 2011, p. 173 ss., spec. p. 221.

[5] È la modalità "ordinaria" (o "generale") di prevalenza del diritto dell'Unione sul diritto nazionale: così A. CELOTTO, *Le "modalità" di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit*., 1999, p. 1481.

[6] Corte cost., sent. n. 170 del 1984.

[7] Si tratta, come noto, dei controlimiti, a proposito dei quali *infra*, par. VII.

[8] Corte cost., sentt. n. 285 del 1990 e n. 41 del 2000.

giudice comune, se ne ravvisa la necessità, può, ovvero deve, disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia[9]. Ove il giudice, dubitando della conformità della legge nazionale al diritto dell'Unione, non vi provvedesse, «il mancato rinvio alla Corte di giustizia … renderebbe non rilevante e, pertanto, inammissibile la questione di legittimità costituzionale da lui sollevata»[10].

In base alla logica delineata non si profila un raccordo tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia, il cui interlocutore unico è il giudice comune[11]. A differenza di quanto avviene in altre ipotesi, in questo caso l'esclusione del "dialogo" tra le due corti appare giustificato sulla scorta di premesse collaudate: in presenza di norme dell'Unione provviste di effetti diretti, spetta al giudice comune garantirne l'effettività, raccordandosi con il giudice europeo nei termini indicati.

Vale la pena sottolineare almeno per inciso che la disapplicazione della norma interna costituisce una soluzione cui va preferita, ove possibile, l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione[12]: laddove quest'ultima soluzione risulti praticabile, infatti, essa realizza un auspicabile coordinamento tra le fonti, e il mancato coinvolgimento della Corte costituzionale si considera fisiologico.

È noto, d'altro canto, che la Corte di giustizia ha ampliato in modo significativo, rispetto a quanto formalmente previsto nei Trattati, le ipo-

[9] In questi termini, da ultimo, Corte cost., sent. n. 75 del 2012, punto 3.1. in *diritto*: «Alla stregua della giurisprudenza dell'Unione europea e di questa Corte, sono ormai stati definiti con chiarezza i ruoli che, rispetto al rinvio pregiudiziale d'interpretazione, prefigurato dall'art. 267 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), sono attribuiti ai giudici nazionali comuni, alla Corte costituzionale ed alla Corte di giustizia. I giudici nazionali le cui decisioni sono impugnabili hanno il compito di interpretare il diritto comunitario e se hanno un dubbio sulla corretta interpretazione hanno la facoltà e non l'obbligo di operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per ottenerla e farne applicazione, se necessario a preferenza delle contrastanti norme nazionali. Il giudice di ultima istanza, viceversa, ha l'obbligo di operare il rinvio, a meno che non si tratti di un'interpretazione consolidata e in termini di una norma comunitaria che non lasci adito a dubbi interpretativi».

[10] Così, testualmente, Corte cost., sent. n. 102 del 2008, punto 8.2.8.1. in *diritto*.

[11] Sul punto le riflessioni di R. MASTROIANNI, *Il dialogo tra la Corte costituzionale e le Corti europee: dal conflitto alla contaminazione*, in *Corti europee e giudici nazionali. Atti del XXVII Convegno nazionale*, Bologna, 2011, p. 391 ss., spec. p. 404, nonché *infra*, parr. IV e V.

[12] Tale soluzione va preferita anche nei limitati casi in cui l'antinomia della norma interna con quella UE deve essere denunciata con l'incidente di costituzionalità, prima di sollevare la relativa questione: in questo senso cfr. Corte cost., sent. n. 28 del 2010 nonché n. 227 del 2010, nella quale ultima si è precisato che il giudice comune deve assolvere all'onere di verificare l'impossibilità di porre rimedio al contrasto mediante un'interpretazione del diritto interno conforme a quello UE, indicando le ragioni che, eventualmente, una siffatta interpretazione precludono. In tema v. anche *infra*, par. VI.

tesi nelle quali il diritto dell'Unione è destinato a spiegare negli ordinamenti degli Stati membri gli effetti indicati, in termini tali da ridurre correlativamente lo spazio riservato all'intervento del giudice costituzionale[13], che in più occasioni ha riconosciuto l'immediata applicabilità di atti normativi ulteriori rispetto a quelli che tale carattere rivestono in forza dell'art. 288 TFUE (o in forza delle disposizioni previgenti delle quali tale ultimo articolo ha preso il posto)[14].

Un discorso a parte – anche sotto il profilo della già consolidata sintonia tra Corte di giustizia e Corte costituzionale – meritano i principi generali del diritto dell'Unione e, in particolare, quelli collegati al rispetto dei diritti fondamentali. La loro idoneità a spiegare effetti diretti dovrebbe essere limitata ai casi, rientranti nel campo applicativo del diritto dell'Unione[15], nei quali ricorrono i requisiti (chiarezza, precisione, carattere incondizionato della previsione) dai quali tipicamente dipende il riconoscimento della indicata attitudine[16]. La giurisprudenza europea, tuttavia, non pare ritenersi sempre vincolata ad una puntuale verifica in ordine alla congiunta sussistenza di tali condizioni[17]. Ancora di recente, nel

[13] In punto F. SORRENTINO, *Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte costituzionale: problemi e prospettive*, in www.cortecostituzionale.it., pp. 7-8, nonché G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, p. 165 ss.

[14] Il riferimento è alle sentt. Corte cost. n. 64 del 1990 e n. 168 del 1991 (in relazione alle direttive), nonché alle sentt. n. 113 del 1985 e n. 389 del 1989 (con riguardo alle pronunce della Corte di giustizia) e alla, già cit., sent. n. 284 del 2007 (in relazione alle disposizioni pattizie dotate del requisito della efficacia diretta). Su tale giurisprudenza M. CONDINANZI, *op. ult. cit*., pp. 221-223.

[15] A proposito di tale condizione, e delle accezioni nelle quali è stata intesa dalla Corte di giustizia nei casi *Mangold* e *Kücükdeveci*, Editorial Comments, *The scope of application of the general principles of Union law: An ever expanding Union?*, in *Common Market Law Rev*., 2010, p. 1589 ss.

[16] Al riguardo v., di recente, G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012, p. 55. Sul punto cfr. – oltre a Corte giust. 12 dicembre 2002, causa C-442/00, *Rodríguez Caballero*, in *Racc*., p. I-11915, punti 42-43 – Corte di giust. 18 maggio 2000, causa C-107/97, *Rombi*, *ibid*., p. I-03367 punto 65: «Per giurisprudenza consolidata le esigenze inerenti alla tutela dei principi generali riconosciuti nell'ordinamento giuridico comunitario, fra i quali va annoverato il principio della tutela del legittimo affidamento, vincolano parimenti gli Stati membri quando danno esecuzione alle discipline comunitarie, ed essi sono pertanto tenuti, quanto più possibile, ad applicare tali discipline nel rispetto delle esigenze ricordate. Allorché una normativa nazionale rientra nel settore di applicazione del diritto comunitario, la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi d'interpretazione necessari alla valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di detta normativa con i diritti fondamentali di cui la Corte garantisce il rispetto».

[17] Dello stesso avviso paiono G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*[5], Torino, 2011, p. 288.

caso *Kücükdeveci*[18], la Corte di giustizia ha ad esempio riconosciuto effetti diretti (orizzontali) al principio generale di non discriminazione in base all'età senza esplicitare, neppure tramite il rinvio al proprio precedente specifico (e peraltro controverso) sul caso *Mangold*[19], tutti i passaggi argomentativi a sostegno di tale conclusione[20].

Il giudice europeo non ha esitato a trarre da tali premesse le necessarie conseguenze ed ha così ritenuto che, a garanzia dell'efficacia del principio generale in considerazione, la normativa interna con esso in contrasto andasse disapplicata dal giudice nazionale. Il che in prospettiva può implicare, anche con riguardo ai diritti fondamentali, un ulteriore arretramento della giurisdizione costituzionale, quando si versi nel campo di applicazione del diritto dell'Unione[21]. Sono infatti i giudici comuni ad essere coinvolti nella fase attuativa di un principio generale che, in quan-

[18] Corte giust. 19 gennaio 2010, causa C-555/07, in *Racc*., p. I-365. Tra gli innumerevoli commenti a tale sentenza si segnalano: G. GRASSO, *Il caso "Kücükdeveci". Il giudice nazionale e la disapplicazione: istruzioni per l'uso*, in *Foro it*., 2011, IV, col. 158 ss.; M. MILITELLO, *Il principio di non discriminazione per età come principio generale di diritto dell'Unione europea: cosa insegna la sentenza "Kücükdeveci"*, *ibid*., col. 161 ss.; L. IANNUZZI, *La sentenza sul caso* Kücükdeveci*: la Corte di giustizia applica la Carta dei diritti fondamentali nel suo valore vincolante*, in *Studi int. europ.*, 2011, p. 163 ss.; V. SCIARABBA, *Dopo* Mangold *la Corte di giustizia torna sul rapporto tra principi generali, direttive e norme interne*, in *Dir. pubbl. comp. eur*., 2010, p. 376 ss.

[19] Nel caso *Mangold* (Corte giust. 22 novembre 2005, causa C-144/04, in *Racc*., p. I-9981) con affermazioni sul punto testualmente riprese nel successivo caso *Kücükdeveci*, il principio generale di non discriminazione in base all'età è stato tra l'altro ricostruito dalla Corte di giustizia mediante generico riferimento alle convenzioni internazionali e alle tradizioni costituzionali comuni, dalle quali esso – pur in assenza di riscontri certi o univoci – sarebbe stato desumibile. Come è noto tale principio trova oggi specifica affermazione nell'ambito della Carta dei diritti fondamentali, all'art. 21.1. Fra i numerosi commenti a tale sentenza cfr. *Editorial Comments, Horizontal direct effect - A law of diminishing coherence?*, in *Common Market Law Rev*., 2006, p. 1 ss. Il tema degli effetti diretti orizzontali dei principi generali non è stato invece affrontato nel caso *Dominguez* (Corte giust. 24 gennaio 2012, causa C-282/10 non ancora pubblicata in Racc.), anch'esso relativo a diritti fondamentali in materia sociale (nella specie veniva in considerazione il diritto del lavoratore ad un periodo di ferie annuali retribuite, di cui pure si trova espressa enunciazione nell'ambito della Carta, all'art. 31.2).

[20] Nel caso in esame non appariva invece controversa la riconducibilità della fattispecie entro il campo applicativo del diritto dell'Unione in quanto risultava scaduto il termine di trasposizione della direttiva (non ancora attuata nell'ordinamento interno) che del principio generale in esame costituiva «espressione concreta».

[21] Sugli inconvenienti che tale effetto di "arretramento" della giurisdizione costituzionale e, quindi, di "sindacato diffuso di legittimità comunitaria" potrebbe comportare in sede di effettiva individuazione della regola di specie idonea alla soluzione della controversia, cfr. G. GERBASI, *Il contesto comunicativo euro-nazionale: alla ricerca di un ruolo (cooperativo) delle corti costituzionali nella rete giudiziaria europea*, 24 ottobre 2012, in www.federalismi.it, pp. 32-35.

to fornito di effetti «diretti» e «orizzontali», risulta immediatamente azionabile dinanzi ad essi[22].

Se è pur vero che, come accennato, la giurisprudenza della Corte di giustizia non può dirsi univoca quanto alle condizioni in presenza delle quali i principi generali sono ammessi a spiegare effetti diretti, è però altrettanto indubbio che, già in diverse occasioni, tali effetti sono stati ravvisati e dichiarati, con conseguente obbligo, per i giudici nazionali, di disapplicare – immediatamente – le norme nazionali ritenute in insanabile contrasto con il principio generale volta a volta in rilievo.

Al riguardo, occorre ricordare che i principi generali si collocano al vertice della gerarchia delle fonti rivestendo, in tale ambito, uno «*status* costituzionale»[23] in virtù del quale la questione circa la loro idoneità a produrre, o meno, effetti diretti «attiene all'interpretazione del Trattato e come tale rientra nella competenza della Corte»[24] esulando, pertanto, da quella sia del legislatore europeo che degli Stati membri.

Ne discende che – nella misura in cui si rientri nella sfera operativa del diritto dell'Unione – (*i*) i giudici nazionali sono tenuti ad applicare sia il diritto dell'Unione, sia quello nazionale in conformità ai principi generali dell'ordinamento europeo, così come interpretati, nell'esercizio della propria esclusiva competenza, dalla Corte di giustizia[25]; (*ii*) laddove si verifichino i presupposti per cui, secondo i Giudici di Lussemburgo, anche i principi generali dell'UE debbano ritenersi dotati di efficacia diretta, la normativa nazionale con essi incompatibile andrà disapplicata immediatamente, a favore del principio generale volta a volta in conside-

[22] Da ultimo, nel senso che – alla luce delle decisioni *Mangold* e *Kücükdeveci* – il principio di non discriminazione in base all'età «allows for "interference" in the sphere of national law, in those area which have not been fully covered by the harmonization process», con la conseguenza che i rimedi collegati alla protezione dei diritti fondamentali possono invocarsi anche «in a situation when existing EU regulation would not be fully binding with respect to national regulation», cfr. M. SAFJAN, *Between* Mangold *and* Omega*: Fundamental Rights versus Constitutional Identity*, in *Dir. Unione eur.*, 2012, p. 437 ss., spec. pp. 442-445.

[23] K. LENAERTS, J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, in *Common Market Law Rev*., 2010, p. 1629 ss., spec. pp. 1647 e 1649.

[24] Corte giust. 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur and Factortame*, in *Racc.*, p. I-1029, punto 25. Consentono un'efficace ricostruzione del ragionamento seguito dalla Corte di giustizia al fine di stabilire se un principio generale di diritto dell'UE sia, o meno, dotato di efficacia diretta orizzontale le sentenze Corte giust. 8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne*, in *Racc*., p. 455; 6 giugno 2000, causa C-281/98, *Angonese*, *ibid*., p. I-4139.

[25] K. LENAERTS, J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law* cit., p. 1649.

razione, (*iii*) con conseguente ulteriore esclusione del giudice costituzionale dalla interlocuzione con la Corte di giustizia[26].

L'evidenziata tendenza del giudice sovranazionale a teorizzare l'efficacia diretta di taluni principi generali rende particolarmente delicata la valutazione delle conseguenze sul terreno del giudizio di costituzionalità.

Secondo l'impostazione descritta, nel caso in cui il giudice comune prospetti una questione di legittimità costituzionale in via incidentale in riferimento ad un principio di diritto dell'Unione del quale appaia dubbia l'efficacia diretta – non ricorrendo, in particolare, i requisiti della giurisprudenza *Cilfit*[27] – il giudice costituzionale potrebbe muoversi nel solco della prassi consolidata, dichiarando l'inammissibilità della questione e invitando il rimettente ad investire se del caso la Corte di giustizia per ottenere una pronuncia in merito all'efficacia diretta o meno del principio invocato, per comportarsi poi di conseguenza.

Al di là della discussione sull'opportunità che (anche) la Corte costituzionale possa ritenersi abilitata ad investire in via pregiudiziale la Corte di giustizia per non rimanere del tutto estranea al "dialogo" sulla interpretazione del diritto dell'Unione maggiormente incidente nella "materia costituzionale"[28], sembra utile porre una più limitata (e forse residuale) questione, di ordine processuale.

Può infatti risultare problematica la circostanza nella quale il giudice *a quo* sollevi una questione di legittimità costituzionale in riferimento a disposizioni di diritto dell'Unione (dal rimettente, motivatamente) ritenute sprovviste di effetti diretti, in presenza di dubbi, proprio sotto quest'ultimo profilo, che la stessa Corte costituzionale ritenga fondati o

[26] Si è sottolineato come la tendenza della Corte di giustizia ad attribuire effetti diretti ai principi generali si traduca, rispetto ad essi, in una erosione del ruolo della Corte costituzionale. Si tratta tuttavia di un effetto non riscontrabile in ogni caso: non si registra, ad esempio, un arretramento della nostra Corte con riguardo ad ipotesi nelle quali un principio generale, pur provvisto di efficacia diretta secondo una giurisprudenza consolidata, sia inidoneo a giustificare «sempre e comunque» la disapplicazione della norma interna che si ipotizzi con esso incompatibile. È quanto si è verificato in relazione al principio di non discriminazione in base alla nazionalità, produttivo di effetti diretti secondo un'interpretazione pacifica (per tutte, Corte giustizia, sentenze 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Cowan*, in *Racc*., 1989, p. 195, e 20 ottobre 1993, cause C-92 e 326/92, *Phil Collins*, *ivi*, p. I-5145), ma privo di «portata assoluta», in ragione della possibilità, per il legislatore nazionale, di prevederne limitazioni, di cui occorre vagliare volta a volta la proporzionalità ed adeguatezza: in questi termini la sent. Corte cost. n. 227 del 2010. Sul tema C. AMALFITANO, *Il mandato d'arresto europeo nuovamente al vaglio della Consulta*, in *Dir. Unione eur.*, 2011, p. 183 ss., spec. p. 196.

[27] Corte giust. 6 ottobre 1982, *Srl Cilfit e Lanificio di Gavardo SpA* c. *Ministero della Sanità*, causa 283/81, in *Racc*., p. 3415.

[28] Profilo sul quale si tornerà *infra*, parr. IV e V.

che, eventualmente, una parte ponga a fondamento di una eccezione di inammissibilità della questione sollevata in un caso che, in ipotesi, avrebbe dovuto senz'altro comportare la disapplicazione della norma impugnata.

C'è da chiedersi se, in tali circostanze, un rinvio pregiudiziale su iniziativa del giudice costituzionale possa costituire una soluzione praticabile, quanto meno in assenza di precedenti della Corte di giustizia idonei a chiarire portata ed effetti della disposizione sovranazionale invocata quale parametro interposto[29].

2. Segue: *la rilevanza della CEDU e della Carta dei diritti fondamentali*

L'incremento dei casi nei quali sono ricollegati effetti diretti a principi generali determina dunque – come appena ricordato – un ampliamento del sindacato dei giudici nazionali comuni, cui spetta il compito di interpretare il diritto interno conformemente al diritto dell'Unione, o di disapplicare il primo, laddove il contrasto con il secondo risulti insanabile sul piano interpretativo. Correlativamente, si riduce il margine di intervento della Corte costituzionale, il cui coinvolgimento va escluso in presenza di principi generali dotati di effetti diretti, come può avvenire anche con riguardo a quelli relativi a diritti fondamentali[30].

A tale proposito, ci si domanda se il rimedio della disapplicazione sia percorribile quando, in ipotesi nelle quali ricorrono i presupposti di operatività del diritto dell'Unione, vi sia antinomia tra il diritto interno e la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU), intesa come strumento internazionale – di cui gli Stati membri sono parti – non ancora ratificato dall'Unione[31]. In proposito – nonostante l'approccio seguito da alcuni giudici nazionali[32] e

[29] Su questo aspetto G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive* cit., p. 83.

[30] V. quanto osservato *infra*, in questo paragrafo e relative note a piè di pagina, a proposito della idoneità delle disposizioni della Carta UE dei diritti fondamentali (e di quelle della CEDU) a ricevere immediata applicazione da parte dei giudici nazionali comuni allorché la fattispecie ricada nella sfera applicativa del diritto UE.

[31] Sul «doppio binario» nell'applicazione della CEDU in ambito interno, a seconda che la fattispecie rientri o meno nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, E. CANNIZZARO, *Diritti "diretti" e diritti "indiretti": i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione*, in *Dir. Unione eur.*, 2012, p. 30 ss.; S.M. CARBONE, *I diritti della persona tra CEDU, diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*, *ivi*, 2013, p. 7 ss.

[32] Cons. Stato, IV sez., sent. 2 marzo 2010, n. 1220; Tar Lazio, sent. 18 maggio 2010, n. 11984; in senso contrario si v. però Tar Lombardia, sent. 15 settembre 2010, n. 5988. Su tale giurisprudenza cfr. F. LIBERATI, *Corte costituzionale e Convenzione euro-*

le critiche avanzate da una parte dottrina[33] – la Corte costituzionale ha, ancora nella sentenza n. 80 del 2011, ribadito che, anche a seguito delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona all'art. 6 TUE, l'eventuale contrasto, insuperabile in via interpretativa, tra norme interne e disposizioni della Convenzione europea non legittima il giudice comune a disapplicare le prime, bensì gli impone di sollevare, rispetto ad esse, questione di legittimità costituzionale sulla base dell'art. 117, primo comma, Cost.[34]. Il che, naturalmente, significa confermare il ruolo che Corte costituzionale si è riservata al riguardo, a partire dalle «sentenze gemelle» n. 348 e n. 349 del 2007.

Con la sentenza resa il 24 aprile 2012, la Grande Sezione della Corte di giustizia sembra peraltro aver (se non proprio aderito alla) quanto meno ammesso la compatibilità con il diritto dell'Unione della impostazione accolta negli ordinamenti nazionali nei quali, come nel nostro, si ritiene che la nuova formulazione dell'art. 6 TUE, e in particolare il par. 3 di tale articolo, non possa interpretarsi nel senso che sia imposto al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto interno e la CEDU, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma nazionale in contrasto con essa. Ciò perché, chiarisce la Corte di Lussemburgo, «l'articolo 6, paragrafo 3, TUE non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale»[35].

pea dei diritti dell'uomo: sostenibilità del modello di controllo accentrato di costituzionalità alla luce della recente giurisprudenza e delle novità in ambito comunitario, 8 luglio 2011, in www.federalismi.it. Per altre pronunce di giudici comuni che, pur senza procedere alla disapplicazione di una legge per contrasto con la CEDU, hanno richiamato quest'ultima convenzione semplicemente come parametro cui conformare l'interpretazione delle norme interne o a sostegno di un percorso argomentativo che su queste s'incentrava, cfr. A. BASILICO, *Disapplicazione di leggi interne contrastanti con la CEDU?*, *Il punto di vista della Corte di giustizia*, 25 settembre 2012, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, pp. 7-8.

[33] Il riferimento è a G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive,* in *Dir. Unione eur.*, 2011, p. 837 ss., spec. p. 851 e p. 858 nonché a A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni, nella prospettiva di un'Europa unita*, *ibid.*, 2010, p. 869 ss.

[34] Su tale sentenza cfr. A. GUAZZAROTTI, *I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti*, in www.associazionedeicsotituzionalisti.it, 3/2011, nonché, diffusamente, A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della Cedu e della Carta di Strasburgo (a prima lettura di Corte Cost. n. 80 del 2011)*, 23 marzo 2011, in www.forumcostituzionale.it.

[35] Corte giust. 24 aprile 2012, causa C-571/10, *Kamberaj*, non ancora pubblicata in *Racc.*, punti 59-62; per un primo commento si veda A. RUGGERI, *La Corte di giustizia*

La questione si prospetta invece in termini diversi nei casi nei quali la CEDU, anziché venire in considerazione direttamente, in quanto tale, rileva in quanto fonte di derivazione (insieme alle tradizioni costituzionali comuni) di principi generali di diritto dell'Unione. In tali circostanze, infatti, i diritti fondamentali per tale via tutelati, pur traendo origine dalla convenzione, sono autonomi rispetto ad essa, rivestendo una specifica «connotazione comunitaria»[36].

Con riferimento alle ipotesi ora indicate, la Corte costituzionale, sempre nella sentenza n. 80 del 2011, ha ribadito in termini inequivoci che i principi generali di cui si tratta sono destinati a trovare applicazione dinanzi ai giudici nazionali a condizione che si rientri nell'ambito del diritto dell'Unione. La Corte ha affermato infatti che essi «rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie cui il diritto comunitario (oggi, il diritto dell'Unione) è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale»[37].

Sotto il profilo appena considerato, c'è peraltro sintonia tra la nostra Corte e quella di giustizia, in base ad un orientamento, già da tempo affermato da quest'ultima[38], non superato a seguito delle modifiche all'art. 6 TUE apportate dal Trattato di Lisbona. Anche il giudice europeo ha infatti, ancora di recente, precisato che i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU, in quanto principi generali, vincolano gli Stati membri esclusivamente nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione[39].

marca la distanza tra il diritto dell'Unione e la CEDU e offre un puntello alla giurisprudenza costituzionale in tema di (non) applicazione diretta della Convenzione, in www.dirittocomparati.it.

[36] Cfr., ad es., Corte giust. 16 luglio 2009, causa C-385/07P, *Der Grüne Punkt*, in *Racc*., p. I-6155, sentenza nella quale si è ravvisata una violazione della durata ragionevole del processo, diritto fondamentale sancito dall'art. 6, n. 1, CEDU e ribadito dall'art. 47 della Carta UE, che, in quanto principio generale del diritto UE, si è dichiarato applicabile anche nei ricorsi avverso le decisioni della Commissione.

[37] La Corte costituzionale chiarisce inoltre che si rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione soltanto in presenza di atti comunitari, di atti nazionali di attuazione di normative comunitarie e, infine, di deroghe nazionali a norme comunitarie asseritamente giustificate dal rispetto dei diritti fondamentali. Con la precisazione, desumibile ancora da ultimo dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che – ad esempio – potranno essere considerate attuative di una direttiva anche norme nazionali rispetto a quelle specificamente adottate per la sua trasposizione: Corte giust. 26 febbraio 2013, C-617/10, *Aklagaren*, non ancora pubblicata in *Racc*., punto 28.

[38] *Inter alia*, Corte giust. 11 luglio 1985, cause 60-61/84, *Cinéthèque*, in *Racc*., p. 2605; 29 febbraio 1996, causa C-193/94, *Sofia Skanavi*, *ibid*., p. I-929; 29 maggio 1997, causa C-299/95, *Kremzow*, *ibid.*, p. I-2629.

[39] Corte giust. ord. 12 novembre 2010, causa C-339/10, *Estov*, in *Racc*., p. I-11465; ord. 1 marzo 2011, causa C-457/09, *Chartry*, non ancora pubblicata in *Racc*., punti 23-25, nella quale esplicitamente si afferma che il trattato di Lisbona non ha rimosso la limitazione secondo cui la Corte di giustizia assicura la garanzia dei diritti riconosciuti dalla

Allorché si rientri in tale ambito, i principi in esame, in quanto «parti integranti» del diritto dell'Unione, si possono avvalere, sul piano interno, delle garanzie anche processuali conseguenti a tale qualificazione. È peraltro evidente che le garanzie «nazionali» saranno differenti, come già sottolineato, a seconda che tali principi risultino o meno provvisti di effetti diretti, giacché solo nel secondo caso la questione dovrà essere portata all'attenzione della Corte costituzionale mentre, nel primo, il giudice comune procederà alla disapplicazione del diritto interno incompatibile.

Riemerge così, in tutta la sua delicatezza, il problema relativo all'accertamento dell'efficacia diretta dei principi generali, per la cui soluzione la via maestra è quella del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. L'importanza del ricorso a tale strumento viene costantemente ribadita dalla Corte costituzionale, come è avvenuto ancora di recente con l'ordinanza n. 298 del 2011, in un caso in cui il giudice *a quo* escludeva apoditticamente il carattere «auto-applicativo» dei principi desumibili dal Trattato (CE). Il giudice costituzionale, constatato che il rimettente non aveva esplicitato i motivi ostativi alla disapplicazione del diritto interno di cui veniva ipotizzato il contrasto con il diritto dell'Unione, si è pertanto pronunciato nel senso della manifesta inammissibilità della questione per carenza di motivazione in ordine alla sua rilevanza[40].

Occorre soffermarsi, infine, sul rilievo accordato alla Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

È noto che, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, essa ha acquisito valore non solo vincolante, ma anche equiparato a quello dei Trattati, assumendo così – come la Corte di giustizia, nella sua giurisprudenza più recente, non ha mancato di sottolineare – un ruolo preminente nella tutela dei diritti fondamentali[41]. Anche la Corte costituzionale si mostra attenta alla valorizzazione della Carta nelle sue decisioni, non senza – nella già citata sentenza n. 80 del 2011 – circoscriver-

CEDU e dalla Carta di Nizza esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione; v. anche Corte giust. ord. 14 dicembre 2011, C-462/11, *Cozman*, in *GUUE* C 73 del 10 marzo 2012, p. 13.

[40] Inoltre, Corte cost., sent. n. 111 del 2012 ha dichiarato inammissibile una censura formulata evocando l'art. 47 della Carta dei diritti «per carenza di ogni motivazione sulla non diretta applicabilità della norma europea».

[41] In questo senso, da ultimo, Corte giust. 6 novembre 2012, causa C-199/11, *Otis*, non ancora pubblicata in *Racc*., punti 46 e 47. Sullo *status* giuridico della Carta v., per tutti, L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in G. VENTURINI, S. BARATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, p. 235 ss.

ne peraltro l'operatività ai casi disciplinati dal diritto europeo e «non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto»[42].

Si tratta di un limite individuato dalla nostra Corte in termini convergenti con quello che la giurisprudenza, sia nazionale che europea, ha tracciato – pur in assenza di esplicite indicazioni normative al riguardo – in riferimento ai principi generali desumibili dalla CEDU (e dalle tradizioni costituzionali comuni), il cui rilievo – dal punto di vista del diritto interno – è infatti ammesso in relazione a situazioni «collegate» con il diritto dell'Unione. Il limite in questione, riguardo alla Carta, è invece direttamente esplicitato dal suo art. 51.1, che fa riferimento (in termini forse più riduttivi) alle sole ipotesi nelle quali sia in gioco l'attuazione del diritto dell'Unione, precisando altresì che – in ogni caso – le disposizioni in essa previste non vanno intese come attributive di competenze o compiti nuovi per la stessa Unione[43].

Entro i confini appena indicati, la Carta codifica e contempla sia diritti soggettivi che principi, cui viene ricollegata una valenza differenziata. Se entrambi sono destinati ad operare alla stregua di criteri interpretativi e parametri di legalità degli atti dell'Unione e dei provvedimenti interni che ne costituiscono l'attuazione, soltanto in relazione ai primi sarebbe altresì ravvisabile quella diretta azionabilità in giudizio che ai secondi, in base a quanto precisato dall'art. 52.5, sembrerebbe invece preclusa[44]. Sul punto le Spiegazioni relative alla Carta – del cui contenuto occorre «tener conto» in occasione della sua interpretazione, pur restando dubbio il loro carattere assolutamente vincolante[45] – precisano che i

[42] Così al punto 5.5 *in diritto*.

[43] In termini sostanzialmente coincidenti sono le previsioni rilevanti al riguardo desumibili dal TUE (all'art. 6.1), dalla stessa Carta (questa volta nel suo Preambolo) nonché dalla Dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona,

[44] Su tale distinzione, esprimendo scetticismo quanto alla probabilità che essa possa trovare effettivo riscontro nella prassi applicativa, M. BIGNAMI, *Costituzione, Carta di Nizza, CEDU e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, 26 gennaio 2011, in www.associazionedeicostituzionalisti.it. Sul comportamento degli Stati membri, che avrebbero inteso rafforzare la portata legale e giuridica della Carta, forse attenuando la stessa distinzione tra diritti e principi, nella prospettiva di una maggiore effettività delle sue disposizioni N. PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Unione eur.*, 2009, p. 667 ss.

[45] Il riferimento alle Spiegazioni della Carta si rintraccia non solo nell'ambito di tale documento, ma anche, come è noto, nello stesso TUE, all'art. 6.1. In merito al «valore» delle Spiegazioni, rilevano le precisazioni in esse anteposte al commento sui singoli articoli: «Benché non abbiano di per sé *status* di legge, esse rappresentano un prezioso strumento d'interpretazione destinato a chiarire le disposizioni della Carta». In punto v. V. SCIARABBA, *Le «spiegazioni» della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur*., 2005, pp. 59-93.

principi non possono essere invocati dai privati per fondarvi autonome situazioni soggettive di vantaggio[46].

Si tratta di un aspetto problematico, non ancora affrontato dalla Corte di giustizia, la cui criticità viene in parte ridimensionata in considerazione del fatto che i principi «nuovi», desumibili in via esclusiva dalla Carta, sono un numero tutto sommato limitato (essa si propone essenzialmente di «riaffermare» diritti e principi già presenti ed operanti nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione)[47]. Si evidenzia così, anche nella prospettiva appena indicata, l'esigenza di valorizzare le diverse fonti che ne hanno ispirato i contenuti (diritto dell'Unione, norme internazionali, giurisprudenza della Corte di giustizia e di Strasburgo, costituzioni nazionali), il cui maggior livello di tutela viene garantito, sempre che – nel caso sia fondato su disposizioni di diritto interno – la sua applicazione non comprometta «il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione»[48].

La Carta prevede, inoltre, che la tutela da essa garantita si sviluppi in coerenza con le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, alle quali tale strumento si richiama[49], valorizzando così, indirettamente, l'apporto delle giurisprudenze costituzionali nazionali. Vengono poi richiamate le legislazioni e prassi nazionali delle quali pure occorre tenere «pienamente conto» in base ai rinvii ad esse operati dalle stesse disposizioni della Carta, in relazione ai singoli diritti e principi contemplati[50].

Per ciò che concerne la previsione in base alla quale, in caso di «corrispondenza» tra i diritti riconosciuti dalla Carta e quelli garantiti dalla CEDU, si presume la coincidenza dei primi con il significato e la portata dei secondi[51], che delineano così lo standard minimo di tutela, derogabile dal diritto dell'Unione in senso migliorativo, appare evidente che l'accertamento di tale corrispondenza non è sempre agevole, tenuto con-

[46] Il testo delle Spiegazioni non appare, per la verità, appagante laddove, nel tracciare la distinzione tra diritti e principi, indica che i primi sono «rispettati», mentre i secondi (solo) «osservati».

[47] Così nel Preambolo della Carta, al quarto capoverso. Alcuni dei «nuovi» principi, inoltre, sono insuscettibili di diretta azionabilità dinanzi alle giurisdizioni già in ragione del loro contenuto programmatico, come si riscontra, ad esempio, in materia di tutela dell'ambiente (art. 37).

[48] Corte giust. 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, non ancora pubbl. in *Racc*. Sulla clausola di compatibilità contemplata dall'art. 53 della Carta v., *ex multis*, V. SCIARABBA, *Rapporti tra Corti e rapporti tra Carte: le «clausole orizzontali» della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in N. ZANON (a cura di), *Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, pp. 389-458.

[49] Il riferimento è all'art. 52.4 della Carta.

[50] Così l'art. 52.6.

[51] Rileva in tale prospettiva l'art. 52.3.

to, tra l'altro, della diversa portata delle limitazioni che ad essi possono essere apposte[52]. E la circostanza che i diritti di derivazione convenzionale debbano essere letti e precisati alla luce della giurisprudenza di Strasburgo non semplifica tale compito di rilevazione[53].

Il rilievo della Carta nel giudizio costituzionale è attestato da un certo numero di decisioni recenti.

In qualche caso, in realtà, il rinvio alle sue disposizioni è operato a titolo confermativo di un dettato normativo già autonomamente ricostruito sulla base di norme e principi di diritto interno[54], che dunque ricevono da tale strumento riscontro e «copertura europea»[55], inserendosi così in un «sistema multilivello» di garanzia[56]. In altri casi, si sottolinea invece il carattere essenzialmente ricognitivo delle disposizioni della Carta rispetto ad altre fonti dell'Unione, in particolare rispetto a principi generali derivati dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri[57].

Oltre al caso dell'ordinanza n. 374 del 2010[58], vi sono almeno due pronunce ulteriori nelle quali il rinvio ad essa operato appare più pregnante.

Nella prima, la sentenza n. 138 del 2010 sul matrimonio omosessuale, la dichiarazione di inammissibilità della questione, sollevata in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., non è motivata con la inconferenza o scorretta individuazione della norma interposta, nella fattispecie l'art. 9 della Carta. La decisione sul punto, al contrario, risulta fondata

[52] In merito alle limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciute, la Carta prevede (all'art. 52.1) che esse debbano essere *(i)* poste dalla «legge» (intesa in senso materiale e con riferimento sia ad atti dell'Unione che a normative nazionali), *(ii)* nel rispetto del principio di proporzionalità e *(iii)* in vista di finalità (di interesse generale per l'Unione) ed esigenze (di protezione di correlative situazioni soggettive di vantaggio) esplicitate, *(iv)* preservando in ogni caso il «contenuto essenziale» dei diritti e delle libertà cui afferiscono. Viene infine enunciato il divieto dell'abuso di diritto (art. 54), con una formula largamente riproduttiva della corrispondente disposizione prevista dalla CEDU (art. 17).

[53] Così si legge, tra l'altro, nel Preambolo alla Carta: «La presente Carta riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti» tra l'altro, in particolare, «dalla giurisprudenza … della Corte europea dei diritti dell'uomo». Riferimenti costanti alla giurisprudenza di Strasburgo si rintracciano poi nelle Spiegazioni alla Carta medesima.

[54] Con la sent. n. 445 del 2002 la Corte sottolinea ad esempio che il diritto al matrimonio, fondato sugli artt. 2 e 29 Cost., risulta altresì espressamente enunciato (tra l'altro) dall'art. 9 della Carta.

[55] Così in Corte cost., sent. n. 28 del 2010, punto 7 *in diritto*.

[56] Corte cost., sent. n. 55 del 2011.

[57] Corte cost., ord. n. 306 del 2011.

[58] Nella specie la questione, in riferimento alla quale il giudice *a quo* aveva assunto come parametro diretto l'art. 20 della Carta, è stata dichiarata manifestamente inammissibile per difetto di rilevanza.

sul contenuto di tale disposizione dell'Unione, che opera un rinvio espresso alle leggi nazionali regolatrici, nei diversi Stati membri, del diritto di sposarsi: è dunque per tale ragione che la Corte conclude nel senso dell'inammissibilità per discrezionalità del legislatore.

Nella seconda decisione, la sentenza n. 31 del 2011, la Corte individua invece una duplice condizione di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata, sempre in riferimento all'art. 117, primo comma, in relazione alle disposizioni della Carta. Si sottolinea che, per accordare rilievo a tali disposizioni, da un lato, non può essere eluso il problema della loro operatività nel caso concreto, ravvisabile soltanto allorché si rientri nel campo applicativo del diritto dell'Unione: si tratta di un principio che, come anticipato, viene ribadito nell'ambito della sentenza n. 80 del 2011, già più volte richiamata; dall'altro lato, si precisa che il loro rilievo è altresì condizionato alla prova del *plus* (almeno teorico) di tutela da esse apprestato rispetto al livello garantito dal diritto interno. Viene così tracciato un parallelismo tra Carta e CEDU, sotto il profilo della loro rispettiva idoneità ad integrare il parametro, in entrambi i casi subordinata alla sussistenza dell'ulteriore requisito appena indicato[59].

3. Referendum *abrogativo e disposizioni legislative interne necessarie per l'adempimento degli obblighi derivanti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea*

Sebbene non si tratti di per sé di un profilo processuale, qualche cenno va fatto al giudizio di ammissibilità del *referendum* abrogativo, nel quale il diritto comunitario e, oggi, dell'Unione assume rilevanza, senza operare alla stregua di parametro interposto, quando oggetto del quesito siano disposizioni legislative necessarie per l'adempimento degli obblighi comunitari.

Si tratta di un controllo da ultimo operato nei riguardi della richiesta relativa alla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, dichiarata ammissibile con sent. n. 24 del 2011.

Secondo una giurisprudenza consolidata, non è ammissibile il *referendum* che miri all'abrogazione di una normativa interna di contenuto

[59] Su tale aspetto, a proposito della CEDU, Corte cost., sent. n. 317 del 2009: «Con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa» (punto 7, *in diritto*).

tale da costituire adempimento di un preciso obbligo derivante dall'appartenenza (alla Comunità o) all'Unione europea, ove tale abrogazione lasci quest'obbligo del tutto o in parte disatteso[60].

Tra le leggi sottratte al *referendum* abrogativo sono annoverate – accanto alle leggi di autorizzazione a ratificare trattati internazionali, espressamente contemplate dall'art. 75 Cost. – anche quelle «produttive di effetti collegati in modo così stretto all'ambito di operatività di quelle in esso menzionate, che la preclusione debba ritenersi sottintesa (sia perché dall'abrogazione di tali norme deriverebbe l'esposizione dello Stato italiano a responsabilità nei confronti delle parti contraenti a causa della violazione degli impegni assunti in sede internazionale, sia perché la Costituzione ha voluto riservare tale responsabilità alla valutazione politica del Parlamento)»[61].

Secondo la Corte, «l'obbligo – imposto dal trattato agli Stati membri, in vista dell'obiettivo di conformazione degli ordinamenti interni – di ottemperare alle prescrizioni poste dalla normativa comunitaria derivata ha una precisa ricaduta in termini di inammissibilità del *referendum* che in ipotesi esponga lo Stato italiano al rischio dell'inadempienza»[62].

Anche se, in linea di massima, al giudizio di ammissibilità del referendum è estraneo il sindacato preventivo sulla legittimità costituzionale dell'esito eventualmente favorevole all'iniziativa referendaria, la giurisprudenza più recente non esclude di potervi ricorrere, seppure in via eccezionale[63].

Nella sentenza n. 24 del 2011, in particolare, si legge che l'individuazione della normativa di risulta «è necessaria per valutare se essa comporti un significativo inadempimento di specifici ed inderogabili obblighi internazionali, comunitari o, comunque, direttamente imposti dalla Costituzione (sentenze n. 35, n. 20 e n. 19 del 1997, n. 35 e n. 17 del 1993, n. 27 del 1987). In tali ipotesi, sempre nell'ambito del giudizio

[60] Per una compiuta ricostruzione di tale giurisprudenza (a proposito della quale v. anche *infra*, nota 62) e del dibattito dottrinale sul *referendum* popolare relativo a leggi interne di attuazione di norme UE, v. P. SIMONE, *Il giudizio di ammissibilità del* referendum *abrogativo in materie disciplinate da norme internazionali e comunitarie*, in L. DANIELE (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 197 ss.

[61] Così Corte cost., sent. n. 16 del 1978. Sul carattere non tassativo dell'elenco (di cui all'art. 75 Cost.) delle leggi sottratte a *referendum* abrogativo nonché, più in generale, sulla disciplina costituzionale e legislativa di tale istituto, cfr., da ultimo, G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, cit., pp. 191-206.

[62] Corte cost., sent. n. 41 del 2000 sul *referendum* avente ad oggetto la disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato. In senso analogo le sent. nn. 16 del 1978, 30 e 31 del 1981, 25 del 1987, 63 e 64 del 1990; 26 del 1993; 27 del 1997; 31 e 45 del 2000.

[63] Cfr. Corte cost., sentt. n. 24 e n. 25 del 2011.

di ammissibilità del *referendum*, la normativa di risulta va sottoposta da questa Corte non già ad un pieno ed approfondito scrutinio di legittimità costituzionale, ma ad una mera "valutazione liminare ed inevitabilmente limitata del rapporto tra oggetto del quesito e norme costituzionali, al fine di verificare se … il venir meno di una determinata disciplina non comporti *ex se* un pregiudizio totale all'applicazione di un precetto costituzionale" (sentenza n. 45 del 2005, confermata dalla sentenza n. 15 del 2008) o di una norma comunitaria direttamente applicabile».

4. Norme dell'Unione in quanto norme interposte nel giudizio di costituzionalità. La questione della legittimazione della Corte costituzionale al rinvio pregiudiziale

Come già anticipato, la Corte costituzionale ha escluso la propria competenza a pronunciarsi in via incidentale sulla compatibilità del diritto interno con norme dell'Unione europea dotate di effetti diretti, dichiarando l'inammissibilità delle questioni eventualmente formulate a tale riguardo[64].

Il descritto meccanismo della «non applicazione», a garanzia della preminenza delle norme dell'Unione provviste di efficacia diretta, trae ancor oggi il proprio essenziale, sicuro fondamento dall'art. 11 Cost.[65]. In tale prospettiva l'art. 117, primo comma, Cost. si limita a disciplinare le conseguenze, per l'esercizio delle funzioni legislative, delle limitazioni di sovranità «autorizzate» dal medesimo art. 11 Cost.[66]. Quest'ultimo, nell'interpretazione molto ampia consolidata dalla giurisprudenza costituzionale, opera alla stregua di «principio regolatore fondamentale» in tema di rapporti tra diritto dell'Unione e diritto interno[67] e trova conferma in quanto previsto dall'art. 117, primo comma, Cost. (nella formulazione da esso assunta successivamente alla riforma costituzionale del 2001), con riguardo, in particolare, all'obbligo del legislatore (sia statale

[64] *Supra*, par. I.

[65] Corte cost., sentt. n. 129 del 2006, nn. 284 e 349 del 2007, n. 227 del 2010. Sul tema, per tutti, G. TESAURO, *Costituzione e norme interne* cit., p. 213; A. RUGGERI, *Riforma del Titolo V e giudizi di «comunitarietà» delle leggi*, in *Atti del Seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano, 2008, p. 439.

[66] R. MASTROIANNI, *Le direttive comunitarie nel giudizio di costituzionalità*, in *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale* a cura di Daniele, Napoli, 2006, p. 350; R. CHIEPPA, *Nuove prospettive per il controllo di compatibilità comunitaria da parte della Corte costituzionale*, in *Atti del Seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta* cit., p. 188.

[67] Corte cost., sent. n. 267 del 2007.

che regionale) di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione.

In linea di coerente sviluppo di quanto ora osservato, risulta saldamente ancorata all'art. 11 Cost. anche la via da percorrere nelle ipotesi nelle quali il giudice comune ravvisi un'incompatibilità tra norme interne e norme dell'Unione prive di effetti diretti. In tali circostanze il rimedio da attivare è costituito dalla prospettazione di una questione di legittimità costituzionale in via incidentale, volta a far dichiarare l'illegittimità delle norme interne confliggenti[68]. Nell'ambito di tale controllo accentrato, il diritto dell'Unione europea – in base ad una soluzione già implicitamente desumibile dall'art. 11 Cost.[69] ed oggi positivamente prefigurata dall'art. 117, primo comma, Cost. – opera alla stregua di parametro interposto nel giudizio di costituzionalità.

La parametricità delle norme dell'Unione si riscontra altresì, nell'ambito del giudizio in via principale, quando si palesi un contrasto tra tali norme e il diritto interno e ciò anche nel caso in cui esse siano provviste di efficacia diretta[70]. In tali circostanze, infatti, oggetto del giudizio è «una norma di per sé lesiva delle competenze costituzionalmente garantite alle Regioni ... o *ex se* violatrice di norme costituzionali» e non è pertanto ravvisabile «alcun ostacolo processuale in grado di precludere alla Corte la piena salvaguardia, con proprie decisioni, del valore costituzionale della certezza e della chiarezza normativa di fronte ad ipotesi di contrasto di una norma interna con una comunitaria». Nell'ipotesi considerata il rimedio della non applicazione della norma interna in con-

[68] Corte cost., sent. n. 227 del 2010: «È … in forza dell'art. 11 Cost. che questa Corte ha riconosciuto il potere-dovere del giudice comune … di … sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione di quel parametro costituzionale quando il contrasto fosse con norme comunitarie prive di effetto diretto».

[69] R. LUZZATTO, *Il diritto europeo e la Costituzione italiana dopo la riforma dell'art. 117* cit., p. 14.

[70] Come chiarito dalla stessa Corte cost., occorre distinguere a seconda che «il giudizio in cui si fa valere il dubbio penda davanti al giudice comune ovvero davanti alla Corte costituzionale a seguito di ricorso in via principale». Nel primo caso, come già ricordato, «le norme comunitarie se hanno efficacia diretta impongono al giudice di disapplicare le leggi nazionali (comprese quelle regionali) ove le ritenga non compatibili», con conseguente dichiarazione di inammissibilità, per difetto di rilevanza, dell'eventuale questione di legittimità costituzionale proposta in via incidentale. Nel secondo caso, invece, le norme dell'Unione, pur provviste di efficacia diretta, «fungono da norme interposte atte ad integrare il parametro per la valutazione di conformità della normativa regionale all'art. 117, primo comma, Cost.», cioè «rendono concretamente operativo il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost. (come chiarito dalla sent. n. 348 del 2007), con conseguente declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme regionali che siano giudicate incompatibili con il diritto comunitario» (Corte cost., sent. n. 227 del 2010, punto 7 in *diritto*).

trasto con quella sovranazionale, d'altra parte, appresterebbe «una garanzia inadeguata rispetto al soddisfacimento del dovere, fondato sull'art. 5 del Trattato di Roma [oggi art. 4, par. 3, TUE] e sull'art. 11 della Costituzione, di dare pieno e corretto adempimento degli obblighi comunitari»[71]. Riscontrata dunque l'antinomia, la Corte «non procede alla disapplicazione della legge», bensì «ne dichiara l'illegittimità con effetti *erga omnes*»[72].

Nei casi, ora in esame, nei quali il diritto dell'Unione rileva alla stregua di parametro interposto si pone innanzi tutto il problema di accertarne significato e portata, interrogando a tal fine – ove necessario – la Corte di giustizia[73]. Se si fa eccezione per una del 1991[74] sentenza, tuttavia, la Corte costituzionale – fino alle pronunce del 2008 – aveva escluso la propria legittimazione ad utilizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale.

Gli argomenti addotti per giustificare tale auto-esclusione sono noti: esercitando «essenzialmente una funzione di controllo costituzionale, di suprema garanzia della osservanza della Costituzione della Repubblica da parte degli organi costituzionali dello Stato e di quelli delle Regioni», la Corte ha negato di poter «essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell'ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali»[75]. Tra i precedenti del provvedimento appena richiamato merita di

[71] Corte cost., sent. n. 94 del 1995, punto 2 in *diritto*.

[72] Così Corte cost., sent. n. 102 del 2008, punto 8.2.8.1 in *diritto*.

[73] Sulla competenza della Corte costituzionale ad interpretare le norme UE, *infra*, par. VI.

[74] Cfr. Corte cost., sent. n. 168 del 1991 nella quale, seppur in un *obiter dictum*, la Corte ha affermato «la facoltà di sollevare anch'essa questione pregiudiziale di interpretazione ai sensi dell'art. 177 cit. [oggi art. 267 TFUE]».

[75] Così l'ordinanza n. 536 del 1995, nella quale viene richiamata la risalente sentenza n. 13 del 23 marzo 1960 e, superato il contrario *obiter dictum* di cui alla citata (*supra*, nota precedente) sentenza n. 168 del 1991, si inaugura la prassi di restituzione degli atti. V. anche la sentenza n. 14 del 1964, in cui la Corte, sebbene la difesa delle parti private avesse sostenuto l'esigenza di sospendere il giudizio costituzionale e di sollevare una questione pregiudiziale, ritenne «assorbita la questione circa la rimessione degli atti alla Corte di giustizia delle Comunità europee e circa la competenza a disporre tale rinvio», nonché l'ordinanza n. 206 del 1976, sulla quale si tornerà fra un momento. Tale orientamento è stato criticato pressoché unanimemente in dottrina, anche in un'ottica di politica istituzionale: tramite il rinvio pregiudiziale, infatti, la Corte costituzionale avrebbe potuto (e potrebbe) esercitare una significativa influenza sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali e sull'attenzione in tale ambito dedicata all'esigenza di salvaguardare diritti garantiti da una Costituzione nazionale, qualora essi siano fatti valere come parametro di controllo nei confronti di atti

essere menzionata l'ordinanza n. 206 del 1976 (seguita da numerose decisioni in senso conforme)[76] in cui la Corte – pur non affrontando esplicitamente il problema della sua legittimazione nell'ambito della procedura pregiudiziale – dispose la restituzione degli atti al giudice *a quo* affinché quest'ultimo risolvesse ogni dubbio interpretativo relativo al diritto comunitario, lasciando in tal modo intendere l'opportunità che fosse tale giudice a procedere – ove ne fossero emersi i presupposti – al rinvio a norma dell'attuale art. 267 TFUE[77].

La sentenza n. 102[78] e l'ordinanza n. 103 del 2008 – con la quale ultima, come ben noto, la Corte ha, per la prima volta, sospeso il proprio giudizio e rinviato una questione interpretativa alla Corte di giustizia[79] – hanno, per così dire, riformulato i suesposti argomenti, segnando, per lo meno sotto certi profili, un vero e proprio *revirement* in materia.

Rivedendo la propria impostazione alla luce di considerazioni di matrice puramente "comunitaria", con tali pronunce si è in primo luogo riconosciuto che la Corte costituzionale, «pur nella sua peculiare posizione di organo di garanzia costituzionale», deve considerarsi ricompresa nella nozione di "giurisdizione nazionale" quale si desume – in quanto rilevante ai fini dell'ammissibilità del rinvio pregiudiziale disciplinato dall'art. 267 TFUE (in allora art. 234 CE) – «dall'ordinamento comunitario e non dalla qualificazione "interna" dell'organo rimettente».

Alla base di tale mutamento di posizione deve evidentemente ravvisarsi un ridimensionamento, da parte della Consulta, del "peso" che essa

dell'Unione: in termini E. CANNIZZARO, *La Corte costituzionale come giurisdizione interna ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE*, in *Riv. dir. int*., 1996, p. 452 ss.. Cfr. altresì quanto osservato, *infra*, par. successivo.

[76] Tra cui le ordinanze n. 319 del 1996, n. 108 e n. 109 del 1998.

[77] Al riguardo D. BASILI, G.M. DI NIRO, *Corte costituzionale, rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE e dialogo tra le Corti: evoluzioni e prospettive*, su www.federalismi.it, 18 ottobre 2011.

[78] Corte cost., sent. n. 102 del 2008, punto 8.2.8.3. in *diritto*.

[79] Nel giudizio, in via principale, innanzi a sé radicato, la Corte costituzionale era stata richiesta di esaminare la cd. "tassa sul lusso" introdotta dalla legge n. 4/2006 della Regione Sardegna; con il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, essa ha chiesto lo scioglimento del dubbio di compatibilità comunitaria della normativa regionale censurata. Il procedimento così instaurato davanti alla Corte del Lussemburgo si è concluso con la pronuncia del 17 novembre 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri* c. *Regione Sardegna*, causa C-169/08, in *Raccolta*, 2009, p. I-10821, nella quale si è ravvisata l'incompatibilità della normativa nazionale rispetto alla libera circolazione dei servizi (ai sensi dell'allora art. 49 CE) e al divieto di aiuti di stato (di cui all'allora art. 87, n. 1 CE). Successivamente, il giudizio costituzionale *a quo* è stato definito con la sentenza n. 216 del 2010, in cui si legge: «[d]all'interpretazione della normativa comunitaria fornita dalla Corte di giustizia con tale pronuncia (quella di cui alla causa C-169/08, n.d.r.) consegue la declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione censurata».

aveva fino a quel momento attribuito alla propria natura di giudice delle leggi, ridimensionamento cui ha fatto da *pendant* una correlativa valorizzazione delle funzioni giurisdizionali da essa svolte, specialmente allorché – come nel caso che ha dato origine alle decisioni in questione – essa sia investita di un ricorso in via principale[80].

In considerazione, inoltre, del fatto che nell'ambito di tali giudizi di legittimità costituzionale manca un giudice *a quo* abilitato a definire la controversia – la pronuncia in ordine al loro oggetto spettando unicamente alla Corte stessa – se ne è dedotto che non ammettere, in detti procedimenti, il rinvio pregiudiziale provocherebbe «un'inaccettabile lesione del generale interesse all'uniforme applicazione del diritto comunitario, quale interpretato dalla Corte di giustizia»[81]. Ed è evidente che anche il "generale interesse" cui si fa riferimento, così come la "inaccettabilità"

[80] Come osserva T. GIOVANNETTI, *Italia*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, 2010, reperibile su www.cortecostituzionale.it, «quella "peculiarità" che aveva avuto un peso decisivo nel ragionamento che aveva condotto la Corte all'(auto-)esclusione dal novero dei soggetti legittimati a sollevare la pregiudiziale comunitaria, non scompare dall'odierno orizzonte di riflessione, ma viene declassato ad elemento di secondo piano, presente ma non più determinante».

[81] Così, testualmente, Corte cost., sent. n. 102 del 2008, cit., punto 8.2.8.3. Se il riconoscimento della legittimazione della Corte passa, tra l'altro, attraverso la constatazione dell'assenza di altri soggetti che possano effettuare il rinvio, un problema inerente all'interpretazione di norme dell'UE con correlativa legittimazione della Corte costituzionale ad adire direttamente la Corte di giustizia si potrebbe riscontrare, in astratto, anche nei giudizi relativi agli statuti regionali, sull'ammissibilità dei referendum abrogativi e sulle accuse al Presidente della Repubblica, oltre che nel corso di giudizi per conflitto di attribuzione tra organi e forse, in qualche caso, anche tra enti, rispetto ai quali ultimi più che di giudice di unica istanza, si potrebbe parlare della Corte costituzionale come giudice di ultima istanza. Sull'utilizzo del rinvio in tali ipotesi v. F. SORRENTINO, *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 1290 ss.; A. RUGGERI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione: risorsa o problema? (Nota minima su una questione controversa),* in www.giurcost.org, 2011, p. 14 ss. Peraltro, in tutti i casi in cui la Corte costituzionale deve intendersi quale giurisdizione di unica istanza, il sorgere, in sede di processo costituzionale, di un dubbio interpretativo non risolvibile con il ricorso alla teoria dell'*acte clair* dovrebbe rendere il rinvio non meramente facoltativo ma obbligatorio ai sensi dell'art. 267 TFUE, con la conseguente, possibile insorgenza di responsabilità "comunitaria" dello Stato in caso di mancato impiego del rinvio medesimo. Conviene, infine, aggiungere (rinviando in punto a quanto osservato *infra*, par. successivo) che sebbene la Corte non escluda espressamente di poter proporre un rinvio pregiudiziale nell'ambito di un giudizio incidentale di legittimità, questa conclusione sembra emergere inevitabilmente dallo svolgimento dell'argomento da essa utilizzato. Se, infatti, la legittimazione della Corte nei giudizi in via principale deriva dalla circostanza che essa costituisce l'unico giudice della controversia, tale legittimazione andrebbe coerentemente esclusa qualora il giudizio di costituzionalità non costituisca che una fase incidentale di un più ampio giudizio innanzi al giudice di merito.

della sua eventuale lesione, sono evocati dalla Consulta ponendosi nello specifico angolo visuale dell'ordinamento dell'Unione europea.

Peraltro, quale contrappeso agli argomenti sopra richiamati – che, come detto, sicuramente evidenziano una tendenza della Corte costituzionale a porsi nella prospettiva del diritto dell'Unione e, quindi, ad instaurare un dialogo diretto (seppur in presenza di determinate condizioni) con i Giudici di Lussemburgo – nelle pronunce del 2008 si rintracciano indicazioni attinenti alle modalità di raccordo del giudizio costituzionale con la procedura pregiudiziale che inducono a valutare con una certa cautela l'effettiva predisposizione della Consulta ad inserirsi al centro di uno stabile confronto dialettico con la Corte di giustizia.

È quanto si desume, in primo luogo, dall'ordine che il Giudice delle leggi impartisce alla trattazione delle questioni "interne" e "comunitarie": applicando uno schema logico invertito rispetto a quello che essa impone ai giudici comuni, la Corte analizza, dapprima, ogni profilo di eventuale incostituzionalità indipendente dal diritto dell'Unione e, solo a valle di tale verifica, prende in esame la presunta violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.[82]. In altri termini, mentre i giudici comuni sono tenuti a risolvere, in via preliminare, ogni questione che involga profili di diritto dell'UE, operando, in caso di necessità, il rinvio pregiudiziale *prima* della formulazione della censura di costituzionalità[83], nei giudizi in via principale davanti alla Consulta sembra configurabile una sorta di "pregiudizialità costituzionale", soltanto esaurita la quale si può procedere alla trattazione delle questioni di compatibilità con le norme dell'Unione europea[84].

Ad ulteriormente "depotenziare" il ruolo che, con le pronunce in

[82] Tale schema, oltre ad aver trovato concreta applicazione nel caso di specie, è stato in qualche modo teorizzato dalla stessa Corte nel momento in cui, ai fini della verifica in ordine all'ammissibilità della questione, ha osservato che «la fondatezza dei profili di illegittimità costituzionale dedotti dal ricorrente con riguardo a questioni diverse da quelle oggetto del rinvio pregiudiziale è stata già esclusa da questa Corte [...]».

[83] Come si avrà modo di osservare *infra*, nel par. successivo.

[84] Per successive manifestazioni di tale approccio cfr. le sentenze della Corte cost. n. 320 del 2008 e n. 18 del 2009, nelle quali la Corte ha dichiarato assorbiti i dubbi relativi al presunto contrasto della norma interna con l'art. 117, primo comma, Cost., le disposizioni impugnate essendo state dichiarate costituzionalmente illegittime per violazione di altri parametri costituzionali. Sulla questione pregiudiziale di costituzionalità v. la sentenza Corte giust. 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melki*, in *Raccolta*, p. I-5667, nella quale si afferma che le corti costituzionali nazionali possono pronunciarsi, in via pregiudiziale rispetto al rinvio alla Corte di giustizia, sulla compatibilità di una norma interna con la Costituzione e con il diritto dell'Unione, a condizione che *(i)* non venga violato l'art. 267 TFUE e *(ii)* il giudice *a quo* conservi la facoltà di non applicare la norma interna incompatibile con il diritto dell'Unione.

esame, il Giudice delle leggi ha pur tuttavia inteso ritagliarsi nel rapporto con la Corte di giustizia sembra altresì concorrere il limite relativo al contenuto dei quesiti pregiudiziali che la Corte costituzionale, nel giudizio in via principale, è legittimata a proporre. L'affermazione, che essa ha compiuto a tale proposito[85], di doversi attenere al *thema decidendum* individuato dal ricorrente, selezionando tra i motivi da quest'ultimo esposti quelli a suo avviso suscettibili di giustificare il dubbio interpretativo dal quale scaturisce il presunto contrasto tra norma interna e norma dell'Unione, rischia infatti, come da taluni efficacemente rilevato, di far scadere il ruolo della Corte a quello di mero *nuncius* di argomentazioni altrui (ferma, lo si è detto, la possibilità di esercitare un "filtro" con riguardo ad argomenti privi di alcun fondamento)[86]. Una diversa soluzione, tendente a valorizzarne il ruolo di giurisdizione nazionale in grado di instaurare con la Corte di giustizia un dialogo aperto e più efficace attraverso l'eventuale elaborazione di argomenti diversi da quelli individuati dalle parti coinvolte nel giudizio innanzi a sé pendente, si scontra tuttavia con l'impossibilità per la Corte costituzionale di sollevare d'ufficio questioni ulteriori rispetto a quelle prospettate nell'ordinanza di rinvio nel rispetto dei vincoli posti dall'atto introduttivo del giudizio.

5. Segue: *la giurisprudenza successiva alle pronunce del 2008: profili evolutivi*

Dalle osservazioni che precedono è dunque emerso che: *i*) le pronunce del 2008 hanno segnato una "svolta" rispetto alla pregressa giurisprudenza costituzionale che negava *tout court* la legittimazione della Corte a rivolgersi in via pregiudiziale ai Giudici del Lussemburgo; *ii*) pur nella loro innovatività, tali pronunce non consentono tuttavia di registrare una piena apertura della Consulta al dialogo con la Corte di giustizia, essendo il ruolo della prima, per suo stesso volere, ancora condizionato alla ricorrenza di specifici presupposti. Si segnala pertanto, sotto quest'ultimo profilo, un sostanziale rapporto di continuità tra le pronunce del 2008 e la giurisprudenza precedente, soprattutto se si ha riguardo alla distinzione tra giudizi in via incidentale ed in via principale che la Corte

[85] Cfr. il punto 8.2.8.2 del considerato in diritto della citata sent. n. 102 del 2008.

[86] L'espressione è di T. GIOVANNETTI, *L'ultimo passo del "cammino comunitario" conduce la Corte a Lussemburgo*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 2009.

costituzionale rigorosamente traccia in funzione di delimitare la propria legittimazione a sollevare questione pregiudiziale[87].

Risulta, infatti, confermato l'orientamento tradizionalmente seguito dalla Corte costituzionale in relazione al giudizio in via incidentale nei casi di cosiddetta "doppia pregiudizialità", e cioè allorquando la norma interna della cui legittimità costituzionale si dubita è ritenuta in contrasto con una norma UE, a sua volta fonte di un dubbio interpretativo o di validità. In tali ipotesi, il giudice comune deve previamente rivolgersi alla Corte di giustizia e, solo successivamente, alla Corte costituzionale, costituendo il mancato rinvio al giudice di Lussemburgo un motivo di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale[88].

La priorità della questione pregiudiziale "comunitaria" rispetto a quella di costituzionalità, unitamente all'efficacia – che la stessa Corte costituzionale riconosce – di fonte del diritto delle sentenze della Corte di giustizia rendono così, nella maggior parte dei casi, inutile il successivo intervento della Consulta, soprattutto se si tiene conto che il dubbio sulla conformità tra norma interna e norma dell'Unione è di solito, più o meno esplicitamente, dipanato già dai Giudici di Lussemburgo

[87] In argomento cfr. T. GROPPI, *La Corte costituzionale come giudice del rinvio ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE*, in P. CIARLO, G. PITRUZZELLA, R. TARCHI (a cura di), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 1997, p. 178 ss.

[88] Come evidenziato da A. COSSIRI, *Dialoghi a Corte. Riflessioni (vent'anni dopo) sui rapporti tra la Corte costituzionale ed i suoi interlocutori (le parti, i giudici, le Corte europee)*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta, Atti del seminario svoltosi a Stresa il 12 novembre 2010*, Torino, 2011, p. 119 ss., con l'ordinanza di rinvio n. 103 del 2008 la Corte conferma l'esistenza di due diversi modi di operare delle norme dell'UE, secondo il canone di un "doppio binario", a seconda che il giudizio di costituzionalità sia "indiretto" o "diretto". Nel primo caso, qui in esame, dovendo la fonte interna essere applicata ad una fattispecie concreta, la valutazione della sua conformità all'ordinamento dell'Unione andrebbe effettuata in via preliminare rispetto al giudizio di costituzionalità, sì da procedere all'eventuale non applicazione della legge. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per l'interpretazione del diritto UE – ove necessario – integra quindi una condizione di ammissibilità del giudizio in via incidentale, concorrendo alla determinazione della rilevanza della questione di legittimità costituzionale. Secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale sulla doppia pregiudizialità, pertanto, il giudice comune, prima di investire la Consulta della questione di legittimità, deve verificare l'eventuale "non applicabilità" della norma interna contrastante con quella dell'Unione sulla base dell'interpretazione della Corte di giustizia, alla quale il giudice comune è tenuto a rinviare, salvo che ricorra uno dei casi eccettuati secondo la giurisprudenza *Cilfit* (Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 1982, causa 283/81, in *Raccolta*, 1982, p. 3415). Cfr., quali espressioni di tale impostazione, le già citate ordinanze Corte cost. nn. 536 del 1995, 319 del 1996, 108 e 109 del 1998.

nell'ambito della risposta ai quesiti pregiudiziali di cui siano stati investiti[89].

Peraltro, nei casi nei quali la norma dell'Unione, integrativa del parametro costituzionale, non sia – o comunque non appaia al giudice *a quo* – provvista di effetti diretti, questi è tenuto, come già osservato, a promuovere giudizio di legittimità costituzionale: in tali ipotesi, l'esclusiva legittimazione a comporre il conflitto tra la disposizione europea e quella interna spetta alla Consulta, che a tal fine dovrà eventualmente dichiarare la illegittimità costituzionale della disposizione nazionale. Tuttavia, se la Corte costituzionale ravvisasse un problema di interpretazione o di validità della norma dell'Unione, essa – in quanto, anche in questa sede (come nel giudizio in via principale), giudice di unica istanza, essendo, lo si è detto, titolare in via esclusiva del potere di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della norma interna – dovrebbe poter procedere al rinvio pregiudiziale, superando l'orientamento tradizionale sulla "doppia pregiudizialità" appena richiamato[90]. In tale sua veste di giudice abilitato al rinvio, la Corte costituzionale potrebbe tra l'altro, una volta ottenuta l'interpretazione della norma dell'Unione, valorizzare proprie ragioni costituzionali da bilanciare con quest'ultima[91].

L'orientamento tradizionale sopra descritto risulta peraltro ancora attuale, atteso che la giurisprudenza costituzionale più recente continua ad escludere la legittimazione della Consulta al rinvio pregiudiziale nell'ambito del giudizio in via incidentale.

Nell'ordinanza n. 415 del 2008, ad esempio, la Corte – dopo aver rilevato che la soluzione di una questione di compatibilità di una norma nazionale con le disposizioni di una direttiva che lo stesso giudice rimet-

[89] Appaiono ispirate al descritto orientamento tradizionale le affermazioni della Corte costituzionale in ordine *(i)* all'inammissibilità di questioni di legittimità costituzionale sollevate contemporaneamente ad una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia (cfr. ord. n. 85 del 2002); *(ii)* all'inammissibilità delle questioni di costituzionalità aventi ad oggetto una disposizione UE già sottoposta all'esame della Corte di Lussemburgo da altro giudice nazionale o nell'ambito di un diverso procedimento (come quello di infrazione: cfr. le ordinanze n. 391 del 1992, n. 244 del 1994, n. 38 del 1995, n. 249 del 2001, n. 85 del 2002, n. 454 del 2006); *(iii)* alla considerazione delle sopravvenute decisioni della Corte di giustizia quale *jus superveniens* che giustifica la restituzione degli atti al giudice *a quo* (cfr. le ordinanze n. 62 del 2003, n. 124 del 2004, n. 179 del 2011, nn. 215 e 216 del 2011, n. 295 del 2011 e n. 311 del 2011); *(iv)* al rinvio a nuovo ruolo della decisione su una questione di costituzionalità nell'attesa che i Giudici del Lussemburgo risolvano una questione pregiudiziale riguardante la normativa sottoposta all'esame della Consulta (cfr. ord. n. 165 del 2004).

[90] Di questo avviso F. SORRENTINO, *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale*, cit., p. 1291 ss.

[91] Giunge alla medesima conclusione F. GHERA, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale dopo le decisioni nn. 102 e 103 del 2008*, in *Giur. cost*., 2008, p. 1315 ss.

tente considerava provviste di effetto diretto investe la «applicabilità della norma denunciata e costituisce, perciò, un *prius* logico e giuridico rispetto all'incidente di costituzionalità» – ha confermato la propria consolidata giurisprudenza secondo cui «spetta al giudice comune accertare se la fattispecie al suo esame ricada sotto il disposto di una disciplina comunitaria [dotata del requisito dell'immediata applicabilità] e verificare, eventualmente con l'ausilio della Corte di giustizia (art. 234 del Trattato CE), la compatibilità delle norme nazionali, essendo ad esso preclusa l'applicazione di queste ultime qualora si convinca dell'esistenza di un conflitto [...], la questione deve essere dichiarata manifestamente inammissibile, poiché [...] il sindacato dell'antinomia prospettata dal giudice a quo non compete a questa Corte»[92].

Successivamente, nell'ordinanza n. 100 del 2009, la Corte ha ribadito la priorità logico-giuridica della questione di compatibilità comunitaria rispetto alla questione di costituzionalità, mentre in quella n. 53 del 2010 la richiesta di rinvio pregiudiziale neppure è stata esaminata per difetto di rilevanza della questione prospettata dal giudice *a quo*[93].

E se, nella sentenza n. 28 del 2010, potrebbe forse ravvisarsi un timido segnale nella direzione di un'apertura alla legittimazione al rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale in sede di giudizio incidentale (con conseguente abbandono, o temperamento, del rigido criterio della doppia pregiudizialità), neanche in tale occasione essa si è spinta ad operare tale rinvio, asserendo che nella specie il significato della norma dell'Unione risultava sufficientemente chiaro[94], senza chiarire in via definitiva se, nel diverso caso di norma dell'Unione priva di "significato evidente", un suo rinvio alla Corte di Lussemburgo sarebbe stato ipotizzabile[95].

[92] Corte cost., ord. n. 415 del 2008.

[93] Corte cost., ordd. n. 100 del 2009 e n. 53 del 2010.

[94] Cfr. Corte cost., sent. n. 28 del 2010, punto 6 *in diritto*, ove si legge: «[d]a escludere altresì è il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, come richiesto dall'Avvocatura dello Stato e dalla parte privata costituita. Il rinvio pregiudiziale non è necessario quando il significato della norma comunitaria sia evidente, anche per essere stato chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, e si impone soltanto quando occorra risolvere un dubbio interpretativo (*ex plurimis*, Corte di giustizia, sentenza 27 marzo 1963, in causa C-28-30/62, *Da Costa*; Corte costituzionale, ordinanza n. 103 del 2008). Nella specie, dalle norme e dalla giurisprudenza comunitarie emergono con chiarezza le nozioni di "rifiuto" e di "sottoprodotto", sulle quali non residuano margini di incertezza. Pertanto, il parametro interposto, rispetto agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., può considerarsi sufficientemente definito nei suoi contenuti, ai fini del controllo di costituzionalità».

[95] Per altri casi, tutti però relativi a giudizi in via principale, in cui la Corte, asserendo l'insussistenza del dubbio interpretativo prospettato dalla parte, ha respinto la ri-

Ne consegue pertanto che ad oggi, ove si trovasse ad affrontare situazioni di «doppia pregiudizialità», la Corte costituzionale non si discosterebbe dalla tradizionale soluzione consistente nella pronuncia di un'ordinanza di manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, contestando al giudice *a quo* di non aver disposto egli stesso il rinvio pregiudiziale. Nondimeno, si tratta di un approccio che presenta profili problematici, potendo il giudice *a quo* non sentirsi vincolato da una decisione della Corte costituzionale che non sia di accoglimento del ricorso e tuttavia lo limiti in situazioni diverse ed ulteriori rispetto a quelle contemplate dall'art. 101 Cost.

Quello descritto è un orientamento "granitico" della Corte costituzionale e secondo la dottrina maggioritaria costituisce un "corollario processuale"[96] – da taluni visto come sintomo di una sorta di "emarginazione" della Corte costituzionale rispetto al processo di integrazione dell'Unione[97].

chiesta di sollevare la questione pregiudiziale, v. le sentenze n. 439 del 2008 e n. 16 del 2010. Più in particolare, nella prima sentenza si legge che, non essendovi «dubbi sulla interpretazione della normativa comunitaria, il cui significato è chiaro sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia», ciò che residua «è solo la questione di legittimità costituzionale della normativa provinciale per contrasto con i principi affermati in sede europea», fino alla conclusione per cui la norma impugnata deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima «per violazione delle norme comunitarie sulla tutela della concorrenza, come interpretate dalla Corte di giustizia CE, e, dunque, dell'art. 8, comma 1, dello statuto speciale per il Trentino Alto-Adige e dell'art. 117, primo comma, Cost.». Parimenti, nella sentenza n. 16 del 2010, la Corte – contrariamente a quanto affermato dalla difesa regionale, la quale chiedeva di sollevare la questione pregiudiziale – non ha ravvisato «gli estremi per investire la Corte di giustizia delle Comunità Europee, in quanto gli atti comunitari richiamati non presentano dubbi interpretativi». Da ultimo, si segnalano le decisioni n. 86 e n. 191 del 2012, rese sempre in sede di giudizio principale, nelle quali la Consulta ha svolto un sindacato sulla conformità del diritto interno al diritto UE giungendo in entrambi i casi a censurare le leggi regionali sottoposte al suo vaglio senza avere preliminarmente effettuato il rinvio pregiudiziale e senza neppure essersi posta il problema se occorresse farlo: su tali sentenze cfr. F. GHERA, *"Retromarcia" della Corte sul rinvio pregiudiziale?*, in www.dirittifondamentali.it, 2012.

[96] L'espressione appartiene a M. CARTABIA, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, p. 101 ss.

[97] A conferma della conclusione cui si è giunti nel testo, ancora da ultimo, Corte cost., sent. n. 75 del 2012, già riportata *supra*, par. I, in nota 9. Sul punto F. SORRENTINO, *Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte costituzionale problemi e prospettive*, relazione al Convegno *Giurisprudenza costituzionale ed evoluzione dell'ordinamento italiano* (Palazzo della Consulta - maggio 2006), su www.cortecostituzionale.it/convegniSeminari.do, p. 9. Mette in evidenza il pericolo che, continuando ad attenersi a tale giurisprudenza, la Corte costituzionale si allontani dall'attuazione della tutela multilivello dei diritti, apparentemente destinata a trovare la sua prioritaria collocazione davanti alle giurisdizioni nazionali, G. PARODI, *Le fonti del diritto* cit., p. 84.

6. La Corte costituzionale e l'interpretazione conforme

Secondo una giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia i giudici nazionali, nell'ambito delle rispettive competenze, sono tenuti ad adoperarsi «al meglio» al fine di garantire un'interpretazione del diritto interno «quanto più possibile» conforme al diritto dell'Unione, garantendone così la «piena efficacia» nei giudizi nazionali. Si tratta di un obbligo «insito nel sistema del Trattato FUE»[98] che richiede di prendere in considerazione «il diritto interno nel suo insieme», dunque tutte le norme «pertinenti» vigenti in tale ambito[99], usufruendo «per intero» dei margini di discrezionalità consentiti dall'ordinamento nazionale[100].

Il riferimento all'obbligo di interpretazione conforme si rintraccia già in decisioni risalenti della Corte, nelle quali esso appare, in un primo tempo, circoscritto allo specifico ambito delle norme interne attuative di direttive comunitarie[101]. In seguito tale obbligo, affermato sulla base degli artt. (oggi) 4, n. 3 TUE e 288.3 TFUE, viene progressivamente ampliato e riferito (in generale) al diritto nazionale, sia esso anteriore o suc-

[98] Corte giust. 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*, in *Racc*., p. I-6057, nonché 23 aprile 2009, cause riunite C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki*, *ibid*., p. I-03071, punti 197-203.

[99] In questi termini, da ultimo, Corte giust. 5 settembre 2012, causa C-42/11, *Lopes Da Silva Jorge*, non ancora pubblicata in *Racc*.

[100] Corte giust. 18 dicembre 2007, causa C-357/06, *Frigerio*, in *Racc*., p. I-12311. Tale obbligo, di origine giurisprudenziale, rappresenta – analogamente a quello della disapplicazione (sul quale v. *supra*, I par.) – il corollario del primato del diritto dell'Unione europea; di talché, entrambi frutto dell'attività pretoria della Corte di giustizia, la prevalenza delle norme UE e l'obbligo di interpretazione conforme sono demandati, quanto alla loro applicazione, anche ai giudici nazionali; il che se, per un verso, conferma la centralità del giudice del Lussemburgo nello sviluppo dell'integrazione "comunitaria", per altro verso, mette in rilievo il ruolo determinante in esso svolto dagli stessi giudici nazionali i quali, rispetto al profilo in esame, sono tenuti a far valere la prevalenza del diritto UE o mediante il consueto meccanismo della non applicazione della norma nazionale con esso contrastante ovvero interpretando quest'ultima, nella misura in cui ciò sia possibile, in conformità al diritto dell'Unione. Tale obbligo di interpretazione conforme costituisce, come è stato più volte chiarito (conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano del 30 giugno 2005 nella causa 144/04, *Mangold*, cit.), uno degli effetti "strutturali" della norma UE, che consente l'adeguamento del diritto interno ai contenuti e agli obiettivi dell'ordinamento europeo (in tal senso v. anche Corte giust. 5 ottobre 2004, cause riunite C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer*, in *Racc*., p. I-08835).

[101] Così, ad esempio, Corte giust. 10 aprile 1984, causa 14/83, *Von Colson* e *Kamann*. In dottrina, *ex plurimis*, G. GAJA, *L'esigenza di interpretare le norme nazionali in conformità con il diritto comunitario*, in S. PANUNZIO, E. SCISO (a cura di), *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, Milano, 2002, p. 133; A. RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in *Dir. Unione eur.*, 2010, p. 125 ss.; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*[7] cit.

cessivo alla direttiva utilizzata come parametro[102]: la prospettiva è infatti quella di accertare in quale misura le disposizioni di diritto interno, considerate nel loro complesso, siano suscettibili, «fin dalla loro entrata in vigore»[103], di essere interpretate alla luce del testo e dello scopo della direttiva, garantendo così il risultato cui quest'ultima è preordinata. Il parametro "naturale" di riferimento è dunque costituito dalle direttive; la Corte, accentuando ancora la logica espansiva già segnalata, non ha tuttavia esitato ad affermare l'obbligo in questione, in quanto espressivo di un'esigenza inerente all'ordinamento dell'Unione nel suo insieme, anche con riguardo alle decisioni quadro[104].

Destinatario dell'obbligo di interpretazione conforme è anzitutto, lo si è detto, il giudice comune. Intesa secondo un'accezione lata, la tecnica in esame viene da questi impiegata anche in ipotesi ulteriori rispetto a quelle individuate dalla giurisprudenza richiamata, nelle quali essa svolge per lo più una funzione per così dire compensativa o «suppletiva» rispetto alla carenza di effetti diretti orizzontali tipicamente propria alle fonti considerate.

Preferendola alla disapplicazione, il giudice comune vi ricorre altresì, ove possibile, per comporre le antinomie tra norme nazionali e norme dell'Unione che di tali effetti diretti siano invece provviste[105]. In tali circostanze il compito di promuovere – con l'eventuale supporto della Corte di giustizia – l'interpretazione conforme del diritto interno viene ad esso riservato, con correlativa esclusione di un ruolo al riguardo della Corte costituzionale, la quale comunque, in presenza di una questione sollevata in riferimento a norme comunitarie provviste di effetto diretto,

[102] L'ovvio riferimento è alla sentenza Corte giust. 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*, in *Racc*., p. I-4135.

[103] Corte giust. 25 febbraio 1999, causa C-131/97, *Carbonari*, in *Racc*., p. I-1103.

[104] È la soluzione accolta nella sentenza Corte giust. 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, ripresa non solo da decisioni successive della medesima Corte, ma anche dalla nostra giurisprudenza costituzionale (Corte cost., sentenza n. 227 del 2010). L'obbligo di interpretazione conforme ha, invero, finito con l'irradiare l'intero diritto di matrice comunitaria, avendone la Corte di giustizia a più riprese riconosciuto la valenza a proposito delle norme primarie (sentenza 4 febbraio 1988, causa 157/86, *Murphy*, in *Racc*., p. 673, punto 11) o di diritto derivato (in particolare, sentenze 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall*, *ibid.*, p. 723, punto 48; 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, *ibid.*, p. I-3325, punto 20; 7 gennaio 2004, causa C-201/02, *Wells*, *ibid.*, p. I-723 punto 56) e addirittura per le raccomandazioni (Corte giust. 13 dicembre 1989, causa 322/88, *Grimaldi*, *ibid.*, p. 4407, punto 18).

[105] In argomento cfr. A. CELOTTO, G. PISTORIO, *Interpretazioni comunitariamente e convenzionalmente conformi*, in *Giur. it*., 2010, p. 1983 ss.; A. LONGO, *Alcune riflessioni sui rapporti tra l'interpretazione conforme a diritto comunitario e l'utilizzo del canone di equilibrio finanziario da parte della Corte costituzionale*, in www.giurcost.org.

si limiterebbe a pronunciarsi – come più volte sottolineato – in ordine alla (carenza di) rilevanza della questione[106].

Diversa è la posizione della Corte costituzionale nell'ambito del giudizio in via principale e di quello incidentale promosso in relazione a norme dell'Unione prive di efficacia diretta[107]. Nel primo caso la Corte, quando non si renda necessario il rinvio pregiudiziale (al quale si ritiene legittimata, in base al ricordato indirizzo giurisprudenziale)[108], conserva la propria competenza ad interpretare il diritto dell'Unione[109], compito che essa svolge attingendo ampiamente ai precedenti della Corte di giustizia[110]. Quanto alla tecnica dell'interpretazione conforme, essa vi ha fatto ricorso in via, per così dire, indiretta, procedendo al suo impiego in una ipotesi nella quale si trattava di armonizzare il significato di norme autonomamente adottate dal legislatore interno con quello non già di una direttiva, in quanto tale, ma di disposizioni attuative di tale fonte normativa[111].

Nel secondo caso, e cioè nell'ambito del giudizio incidentale promosso in relazione a norme dell'Unione prive di efficacia diretta, la prassi è un poco più consistente. Con riguardo a norme dell'Unione sprovviste di efficacia diretta l'interpretazione conforme non costituisce appannaggio del solo giudice comune, che dovrà esperirne peraltro il tentativo in ogni caso. Quando non sia stato possibile pervenirvi e, permanendo l'antinomia, sia stato promosso giudizio di legittimità costituzionale, spetta alla Corte costituzionale la pronuncia definitiva sulla possibilità di una soluzione della questione in via interpretativa. Ed in tale prospettiva essa controlla la plausibilità delle ragioni che, ad avviso del giudice *a quo*, l'hanno preclusa[112].

[106] *Supra*, par. I.

[107] Sui limiti all'interpretazione conforme, come è stato opportunamente precisato, si registra una chiara convergenza tra le posizioni della Corte di giustizia e della Corte costituzionale italiana rispetto al tema dell'interpretazione costituzionalmente orientata, secondo la quale l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale (v., a proposito dell'interpretazione conforme a Costituzione, Corte cost., sentt. n. 218 del 2008 e n. 26 del 2010).

[108] *Supra*, par. V.

[109] Corte cost., sentenza n. 75 del 2012.

[110] Così, tra gli esempi significativi più recenti, Corte cost., sentenze n. 439 del 2008 e n. 325 del 2010.

[111] Corte cost., sentenza n. 7 del 2004. Al riguardo v. A. LONGO, *Alcune riflessioni sui rapporti tra l'interpretazione conforme a diritto comunitario* cit.

[112] La stessa Corte costituzionale, infatti, dopo avere espressamente affermato, sulla scorta della giurisprudenza comunitaria, che il «canone dell'interpretazione non contrastante con la normativa comunitaria [è] vincolante per l'ordinamento giuridico italiano», ha definito una sorta di priorità nell'utilizzo delle tecniche miranti ad accertare ed even-

Nel caso la Corte costituzionale, adita in via incidentale, ravvisasse la percorribilità di una soluzione adeguatrice trascurata dal giudice rimettente, essa potrebbe pervenire ad una pronuncia di inammissibilità ovvero – ricorrendo a tecniche di decisione tendenzialmente sprovviste di efficacia vincolante nei confronti dello stesso giudice *a quo* – rigettare la questione indicando a quest'ultimo il significato conforme al quale è pervenuta.

Come ricordato poc'anzi, la Corte ha avuto di recente occasione di ribadire la propria «piena competenza» ad interpretare il diritto dell'Unione, in un caso in cui, per saggiarne la compatibilità, si trattava di armonizzare il significato della delega contenuta in una legge comunitaria con quello della direttiva che ne costituiva l'oggetto[113]. In tale circostanza la Corte – che sembra adombrare l'astratta possibilità di una questione di legittimità costituzionale della legge di delega sollevata davanti a se stessa – ha peraltro affermato di disporre di tale competenza sempre che si palesi un dubbio interpretativo che essa stessa sia in grado di sciogliere senza necessità dell'intervento in via pregiudiziale della Corte di giustizia, non precisando, tuttavia, quale soluzione debba essere adottata in caso contrario. Si pone così, anche rispetto al caso appena considerato, il problema della legittimazione al rinvio pregiudiziale nell'ambito del giudizio incidentale.

Come già ricordato, i timidi segnali – desumibili occasionalmente dalla stessa giurisprudenza della Corte[114] – nel senso di un possibile tem-

tualmente a comporre le antinomie tra norme interne e comunitarie dichiarando che così «come l'interpretazione conforme a Costituzione deve essere privilegiata per evitare il vizio di incostituzionalità della norma interpretata, analogamente l'interpretazione non contrastante con le norme comunitarie vincolanti per l'ordinamento interno deve essere preferita, dovendosi evitare che lo Stato italiano si ritrovi inadempiente agli obblighi comunitari (…)»: in tal senso cfr., fra le altre, Corte cost. sent. n. 190 del 2000, rispettivamente punti 5 e 5.3 *in diritto*. Conseguentemente, il giudice nazionale potrà adire la Corte costituzionale solo dopo avere accertato l'impossibilità di fornire una interpretazione della norma nazionale compatibile con il diritto UE privo di effetti diretti. Tale specificazione trova conferma nelle sentenze n. 28 del 2010 e n. 227 del 2010 della Corte costituzionale. Quest'ultima, in particolare, ha dichiarato l'illegittimità di una disposizione della legge n. 69 del 2005 attuativa della decisione-quadro relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri. Nel par. 7.1 della pronuncia in esame, infatti, l'impossibilità di interpretare la disposizione legislativa impugnata conformemente alla decisione-quadro costituisce un necessario presupposto per la corretta instaurazione del giudizio di costituzionalità in via incidentale. Sul punto cfr., fra gli altri, E. PISTOIA, *Una nuova pronuncia della Corte costituzionale sui rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *Riv. dir. int*., 2011, p. 91 ss.

[113] Corte cost., sent. n. 75 del 2012.

[114] Corte cost., sent. n. 28 del 2010, punto 6 in *diritto*.

peramento della rigida regola della doppia pregiudizialità, non hanno tuttavia fino ad oggi trovato conferma nella prassi.

7. La Corte costituzionale come giudice dei controlimiti

La Corte costituzionale ha offerto nel tempo un contributo piuttosto articolato con riferimento ai «controlimiti», destinati ad operare – in contrapposizione alle limitazioni di sovranità «autorizzate» sulla base dell'art. 11 Cost. – alla stregua di una clausola di salvaguardia dei principi fondamentali, o supremi, dell'ordinamento statale[115]. È noto tuttavia che la Corte, pur avendone ipotizzato l'operatività in un caso concreto (con riguardo agli effetti temporali delle sentenze dichiarative di invalidità rese in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia)[116], non vi ha mai fatto effettivo ricorso[117].

Già presente *in nuce* in una pronuncia precedente[118], la teoria dei controlimiti riceve una più compiuta elaborazione nell'ambito della sen-

[115] Sul tema dei controlimiti, *ex plurimis*, A. CELOTTO, T. GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale. Primauté vs controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 2004, p. 1309 ss.; F. SORRENTINO, *Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte costituzionale: problemi e prospettive*, in www.cortecostituzionale.it; U. VILLANI, *I "controlimiti" nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Diritto comunitario e diritto interno, atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano, 2008, p. 493 ss.; A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali, ibidem*, p. 479 ss.; G. STROZZI, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Studi int. europ*., 2009, p. 23 ss.; E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Bari, 2012, p. 137 ss.

[116] Il riferimento è al noto caso *Fragd*, sul quale è stata pronunciata la sentenza Corte Cost. n. 232 del 1989.

[117] Tanto che, da parte di alcuni, si è particolarmente enfatizzata la funzione di "deterrente" che, nell'ottica di appianare, anziché di esacerbare, i conflitti tra norme interne e norme dell'UE, la Corte costituzionale ha mostrato di assegnare alla teoria non facendovi, in concreto, mai ricorso, ma utilizzandola, di fatto, quale "monito" alla Corte di giustizia affinché moduli la sua giurisprudenza anche in funzione delle più urgenti sollecitazioni provenienti dagli ordinamenti nazionali. Da ultimo, in questo senso, M. BIGNAMI, *I controlimiti nelle mani dei giudici comuni*, in *Forum di Quad. cost.*, 16 ottobre 2012.

[118] Accenna all'esistenza di valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale (nella fattispecie, il diritto del singolo alla tutela giurisdizionale, inteso come diritto inviolabile dell'uomo), da preservare necessariamente pur in presenza di fenomeni di cooperazione internazionale (come quello – rilevante nella fattispecie – della Comunità europea) forniti di copertura costituzionale a norma dell'art. 11 Cost., Corte cost., sent. n. 98 del 1965.

tenza *Frontini*[119], per poi essere costantemente ribadita dalla giurisprudenza successiva[120].

Ancora da ultimo – in linea di continuità con i citati precedenti – la Corte ha ravvisato nel contrasto «con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato, ovvero dei diritti inalienabili della persona», la condizione limitativa dell'operatività dell'altrimenti generale criterio di prevalenza del diritto dell'Unione europea sul diritto degli Stati membri[121].

Attraverso l'istituto dei controlimiti, dunque, la Corte costituzionale conferma, seppur in via soltanto teorica, l'attualità del proprio ruolo nel controllo del processo di integrazione europea, contemplando la possibilità di emendare – peraltro in ipotesi estreme e «poco probabili» di collisione con i valori fondanti del nostro sistema costituzionale – la legge con la quale è stato formulato l'ordine di esecuzione dei Trattati europei, nella parte in cui consente l'«ingresso», nel nostro ordinamento, della norma dell'Unione europea che ha fatto emergere tale collisione. L'applicazione della teoria dei controlimiti è dunque riservata in via esclusiva al Giudice costituzionale, come – del resto – chiarito inequivocabilmente dalla stessa Corte[122], a fronte di manifestazioni della prassi tendenti ad accreditarne una applicazione "diffusa"[123].

[119] Corte cost., sent. n. 183 del 1973.

[120] Si consideri, ad esempio, la sentenza Corte cost. n. 509 del 1995, punto 2 in *diritto*, nella quale – pur ribadendosi che alla Corte stessa spetta il controllo di compatibilità con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale nazionale o i diritti inalienabili della persona umana delle norme comunitarie (oggi dell'UE) che sarebbero direttamente applicabili da parte del giudice nazionale – si è tuttavia dichiarata inammissibile la censura di illegittimità costituzionale che era stata, nel caso concreto, sollevata, in quanto avente ad oggetto la norma europea in via diretta, e non già quest'ultima per il tramite della legge di esecuzione del Trattato. Per altri casi di (astratte) enunciazioni della teoria dei controlimiti, cfr. Corte cost., sentt. n. 168 del 1991 e n. 224 del 1994; più di recente, v. altresì Corte cost., sent. 129 del 2006; ord. n. 454 del 2006.

[121] In questi termini Corte cost., sent. n. 227 del 2010, punto 6 in *diritto*. Dello stesso tenore risultano altre pronunce recenti: Corte cost., ord. n. 454 del 2006; sentt. n. 284 del 2007; n. 102 del 2008 e n. 288 del 2010. L'operatività dei controlimiti viene ipotizzata nel caso di norme dell'Unione sia provviste che sfornite di effetti diretti: Corte cost., sentenza n. 86 del 2012, punto 3 in *diritto*.

[122] Il riferimento è a Corte cost., ord. n. 454 del 2006 e sent. n. 284 del 2007. In punto G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne* cit., p. 207.

[123] Si consideri, in particolare, la sentenza del Consiglio di Stato 8 agosto 2005, n. 4207, nel noto caso *Admenta*, in *Giur. it*., 2006, p. 2021. Può inoltre ravvisarsi un ulteriore caso di applicazione "diffusa", seppur implicita, dei controlimiti nella decisione della Corte di cassazione penale (dell'8 maggio 2006, n. 16542, in *Foro it*., 2006, c. 409) di non sollevare questione di legittimità costituzionale con riferimento alla norma italiana che, nel dare attuazione alla decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo, ha esteso il divieto di consegna dell'individuo ad un caso che, sebbene non previsto dalla decisione-

Ai fini di accertare, per il tramite dell'ordine di esecuzione del Trattato, l'illegittimità di una norma comunitaria, oggi dell'Unione, la Corte costituzionale opera un sindacato di costituzionalità non già "pieno" bensì limitato ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale ed ai diritti inalienabili della persona[124].

Ciò nondimeno, la teoria dei controlimiti non ha mancato di suscitare riserve, in particolare sotto il profilo del necessario coordinamento con le disposizioni del Trattato UE (gli artt. 4 par. 2 e 6 par. 3) che, richiamando – e dichiarando l'impegno dell'Unione a tutelare – le identità e le tradizioni costituzionali degli Stati membri[125], riconoscono la rilevanza dei precetti costituzionali nazionali a livello dell'Unione stessa[126]. Si è fatto altresì riferimento all'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali, che vieta – peraltro a certe condizioni – le limitazioni alla più estesa tutela dei diritti umani eventualmente riconosciuta, nei rispettivi ambiti applicativi, dagli ordinamenti statali[127].

quadro, doveva comunque ritenersi conforme all'art. 13 Cost. (evidentemente considerato alla stregua di controlimite). Per una critica di tale indirizzo giurisprudenziale, così come di quello che assume invece la sopravvenuta "abrogazione" dei controlimiti (Cass. civ. 19 novembre 2010, n. 23418; 16 maggio 2012, n. 7659), da ultimo, M. BIGNAMI, *op. ult. cit*., spec. pp. 8-10.

[124] Nelle sentenze, sopra citate (note 123 e 124), nelle quali si è evocata (pur senza mai darvi, lo si ribadisce, concreta applicazione) la teoria dei controlimiti, la Corte costituzionale non ha in alcun caso indicato quali principi dell'ordinamento debbano giudicarsi a tal punto fondamentali (in quanto posti a garanzia dell'assetto costituzionale del nostro Stato, quali si rintracciano nella sua struttura fondamentale, sia politica che istituzionale) e quindi, per così dire, "supercostituzionali", da ritenere che la loro lesione (imputabile all'operatività, nel nostro ordinamento, di norme dell'UE) imponga l'applicazione della teoria in questione, né ha enucleato i criteri per risalire a tali principi. Si può assumere che a tale nucleo di valori irrinunciabili del nostro ordinamento siano riconducili, ad esempio, l'indipendenza giuridica dello Stato italiano, e dunque l'originarietà del suo ordinamento, cui allude l'art. 1, comma 2 Cost. riferendosi al carattere di «sovranità» che gli è propria, nonché il ripudio della guerra come mezzo di soluzione delle controversie, a norma dell'art. 11 Cost.

[125] A questo riguardo pare utile riportare quanto dedotto dall'avvocato generale Bot nelle conclusioni del 2 ottobre 2012 alla causa C-399/11, *Melloni*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, laddove – riconosciuto (par. 138) che «l'Unione è tenuta, come previsto dall'articolo 4, paragrafo 2, TUE, a rispettare l'identità nazionale degli Stati membri, "insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale"» e che «il preambolo della Carta ricorda che, nella sua azione, l'Unione deve rispettare l'identità nazionale degli Stati membri» – si rileva altresì che (par. 139) «uno Stato membro che ritenga che una norma di diritto derivato leda la sua identità nazionale, potrà così contestarla sulla base dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE».

[126] Di questo avviso G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali* cit., p. 849.

[127] V. quanto precisato dalla Corte di giustizia nel caso *Melloni* (Corte giust. 26 febbraio 2013, causa C-399/11, non ancora pubbl. in *Racc*.: *supra*, par. 2, nel testo ed alla nota 48.

In tale prospettiva, l'ipotesi di un (necessario e preventivo) confronto con la Corte di giustizia sembra evocata dalla Corte costituzionale in una sentenza non recente[128], nella quale tuttavia il previo rinvio pregiudiziale di invalidità non viene configurato in modo esplicito come una condizione di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale della legge di esecuzione – ciò che renderebbe ulteriormente residuale l'operatività della dottrina dei controlimiti – né tale ulteriore (e problematica) ipotesi di doppia pregiudizialità trova riscontro nella giurisprudenza successiva.

Si tratta di un'ipotesi per contro prospettata, più o meno apertamente, da una parte della dottrina orientata verso una accezione "europeista" della teoria dei controlimiti[129]. Conseguentemente, l'atto dell'Unione che fosse oggetto di censura per violazione di un principio fondamentale dovrebbe impugnarsi, anzitutto, davanti alla Corte di giustizia. Il sindacato sulla sussistenza di una lesione del principio fondamentale invocato dallo Stato membro sarebbe perciò rimesso in via preliminare alla Corte di giustizia, che così si troverebbe a dover valutare, non solo (*i*) il rango concretamente rivestito da tale principio nell'ambito dell'ordinamento dello Stato interessato, ma anche (*ii*) la sua concreta violazione e (*iii*) la relativa, eventuale, giustificabilità nel bilanciamento con i concorrenti valori perseguiti dall'atto dell'UE oggetto di impugnazione.

In merito a tale impostazione, alcuni hanno avanzato più di una perplessità sotto il profilo, anzitutto, dell'effettiva salvaguardia del patrimonio di valori e principi che identificano l'ordinamento nazionale[130]. La preoccupazione è che la Corte di giustizia adotti una visione parziale[131],

[128] V. Corte cost., sent. n. 509 del 1995.

[129] Di quest'avviso, oltre a R. CAPONI, *op. ult. cit*., spec. p. 926, S. GAMBINO, *Constitutionnalismes nationaux et constitutionnalisme européen: les droits fondamentaux sociaux, la Charte des droits de l'Union Européenne et l'identité constitutionnelle nationale*, in www.federalismi.it, 6/2012, p. 20. Ha teorizzato la "europeizzazione" dei controlimiti già con riferimento al Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa del 2004 A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Torino, 2006, p. 827 ss. Sul tema, da ultimo e con riguardo alla riforma apportata dal Trattato di Lisbona, A. RANDAZZO, *La teoria dei controlimiti riletta alla luce del Trattato di Lisbona: un futuro non diverso dal presente?*, in www.diritticomparati.it. e B. GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e "controlimiti europeizzati"*, in www.forumcostituzionale.it, 29 dicembre 2011.

[130] Cfr. ad esempio M. BIGNAMI, *I controlimiti nelle mani dei giudici comuni* cit., p. 5.

[131] Per la ricostruzione critica dell'approccio interpretativo seguito dalla Corte di giustizia in tale ambito, cfr. R. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche*

attenta più alle logiche interne all'ordinamento dell'Unione che all'identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro, correttamente interpretata[132]. Ma i dubbi in merito alla capacità della Corte europea di trovare il necessario equilibrio tra il rispetto di quest'ultima e le ragioni di un'integrazione sempre più stretta sono forse prematuri.

fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri?, in *Dir. Unione eur.*, 2011, p. 319 ss.

[132] F. SORRENTINO, *Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte costituzionale* cit., p. 14, sottolinea come la Corte di giustizia, in relazione alle tradizioni costituzionali comuni, proceda «con grande libertà rispetto ai documenti costituzionali nazionali». Non può, invero, negarsi che, allorquando si è trattato di delimitare la sfera applicativa delle libertà economiche dell'Unione in funzione della salvaguardia di diritti fondamentali, «pur affermando di ricavare [tali diritti] dalle esperienze costituzionali nazionali, la Corte di giustizia li ha rielaborati in modo autonomo, per poi applicarli ai rapporti e alle situazioni rilevanti per l'ordinamento comunitario».

APPENDICE

SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE

ORGANI DIRETTIVI

Primo Presidente (eletto con l'atto costitutivo, 1995): Prof. Riccardo Monaco

Consiglio direttivo per il 1996-97 eletto dall'Assemblea di Roma del 12 aprile 1996

Presidente: Prof. Piero Ziccardi

Componenti:

Prof. Umberto Leanza
Prof. Bruno Nascimbene
Prof. Giorgio Sacerdoti
Prof. Giuseppe Tesauro
Prof. Antonio Tizzano

Segretario Generale: Prof. Luigi Ferrari Bravo

Consiglio direttivo per il 1997-98 eletto dall'Assemblea di Milano del 7 giugno 1997

Presidente: Prof. Francesco Francioni

Componenti:

Prof. Giorgio Gaja
Prof. Umberto Leanza
Prof. Giorgio Sacerdoti
Prof. Giuseppe Tesauro
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Luigi Ferrari Bravo

Consiglio direttivo per il 1998-99 eletto dall'Assemblea di Siena del 12 giugno 1998

Presidente: Prof. Massimo Panebianco

Componenti:

Prof.ssa M. Antonietta Di Blase
Prof. Francesco Francioni
Prof. Giorgio Gaja
Prof. Andrea Giardina
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Luigi Ferrari Bravo

Consiglio direttivo per il 1999-2000 eletto dall'Assemblea di Salerno del 30 aprile 1999

Presidente: Prof. Andrea Comba

Componenti:

Prof.ssa M. Antonietta Di Blase
Prof. Francesco Francioni
Prof. Andrea Giardina
Prof. Giuseppe Nesi
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2000-2003 eletto dall'Assemblea di Torino del 2 giugno 2000[·]

Co-presidenti per il 2000-2001: Prof.ssa M. Laura Forlati Picchio e Prof. Alberto Miele, eletti dall'Assemblea di Torino del 2 giugno 2000

Presidente per il 2001-2002: Prof. Luigi Sico, eletto dall'Assemblea di Padova del 24 maggio 2001

Presidente per il 2002-2003: Prof.ssa Nerina Boschiero, eletta dall'Assemblea di

[·] Con l'emendamento all'art. 4 dello Statuto approvato dall'Assemblea straordinaria.

Napoli del 24 maggio 2002

Componenti:

Prof.ssa M. Antonietta Di Blase
Prof. Francesco Francioni
Prof. Andrea Giardina
Prof. Giuseppe Nesi
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2003-2006 eletto dall'Assemblea di Verona del 27 giugno 2003

Presidente per il 2003-2004: Prof. Umberto Leanza, eletto dall'Assemblea di Verona del 27 giugno 2003

Presidente per il 2004-2005: Prof. Luigi Daniele, eletto dall'Assemblea di Roma del 17 giugno 2004

Componenti:

Prof.ssa Nerina Boschiero
Prof. Sergio Maria Carbone
Prof. Massimo Iovane
Prof. Giorgio Sacerdoti
Prof. Ugo Villani

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2006-2009 eletto dall'Assemblea di Alghero del 17 giugno 2006[¨]

Presidente: Prof. Benedetto Conforti

Vicepresidente per il 2007-2008: Prof. Sergio Marchisio, eletto dall'Assemblea di Milano dell'8 giugno 2007

[¨] Con le modifiche degli articoli 4 e 5 dello Statuto approvate dall'Assemblea straordinaria del 2 febbraio 2006.

Vicepresidente per il 2008-2009: Prof. Ennio Triggiani, eletto dall'Assemblea di Roma del 26 giugno 2008

Componenti:

Prof.ssa Nerina Boschiero
Prof. Sergio Maria Carbone
Prof.ssa Paola Gaeta
Prof. Edoardo Greppi
Prof. Massimo Iovane

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2009-2012 eletto dall'Assemblea di Bari del 18 giugno 2009

Presidente: Prof. Giorgio Gaja

Vicepresidente per il 2009-2010: Prof.ssa Lucia Serena Rossi, eletta dall'Assemblea di Bari del 18 giugno 2009

Vicepresidente per il 2010-2011: Prof. Rosario Sapienza, eletto dall'Assemblea di Bologna del 10 giugno 2010

Vicepresidente per il 2011-2012: Prof. Sergio Maria Carbone, eletto dall'Assemblea di Catania del 23 giugno 2011

Componenti:

Dott. Giulio Bartolini
Prof. Pasquale De Sena
Prof. Edoardo Greppi
Prof.ssa Laura Pineschi
Prof. Ennio Triggiani

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio