

INTRODUZIONE

Il presente studio ruota attorno all'analisi dell'istituto dell'abuso del diritto dell'Unione Europea, con il fine ultimo di verificare la possibile sussunzione del relativo divieto alla categoria dei principi generali dello stesso ordinamento europeo. Tale analisi scaturisce dalla circostanza che il problema dell'abuso e del correlato divieto ha visto, negli ultimi quarant'anni, uno sviluppo esponenziale nel sistema normativo UE, nella veste di ordinamento giuridico autonomo sia dal diritto internazionale che da quello degli Stati membri¹.

¹ Ciò si ricava dal celebre passaggio della sentenza 5 febbraio 1963, causa C-26/62, *Van Gend & Loos*, in cui la Corte di Giustizia conclude che «la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini». In tal senso, anche la sentenza 15 luglio 1964, causa C-6/64, *Costa c. ENEL*, in cui si afferma che «a differenza dei comuni trattati internazionali, il Trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri all'atto dell'entrata in vigore del Trattato e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare». Difatti, secondo la Corte, gli Stati «hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi».

In Dottrina, l'espressione "*Le droit cesse où l'abus commence*"² è stata utilizzata per sintetizzare quella particolare situazione di abuso del diritto che si palesa nel limite esterno all'esercizio, potenzialmente pieno e assoluto, di un diritto soggettivo il cui riconoscimento implica l'attribuzione di una determinata libertà. È chiara, quindi, la sottile linea che caratterizza tale istituto: ciò che viene definito in termini di libertà o diritto può integrare una pratica abusiva nel momento in cui un'azione, sebbene positivamente ammessa e riconosciuta, si ponga in contrasto con gli scopi ultimi - economici e sociali - della norma, o meglio, dell'ordinamento di riferimento. Abuso e diritto, quindi, come Giano – bifronte; sono due aspetti

Dai richiamati passaggi si evince che la Corte, fin dalla nascita dell'ordinamento comunitario, ha voluto distinguere, innanzitutto, il TCE dai Trattati internazionali. Il Trattato comunitario comporta delle vere e proprie limitazioni di sovranità a carico degli Stati membri. Inoltre, a differenza degli atti internazionali, questo non si limita ad imporre obblighi a carico degli Stati membri, ma tocca anche la sfera giuridica degli stessi soggetti degli ordinamenti nazionali i quali sono a tutti gli effetti soggetti del diritto UE. A ciò si deve aggiungere anche l'autonomia dei Trattati CE, e quindi UE, rispetto al diritto interno degli Stati membri. Proprio la circostanza per cui gli Stati hanno accettato di limitare la propria sovranità e il riconoscimento ai soggetti degli ordinamenti interni di posizioni giuridiche derivanti direttamente dal diritto UE, rendono questo indipendente da quello degli Stati UE.

² L'espressione è attribuita in Dottrina a PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1939, p. 269 ss.

complementari in quanto il primo si pone come confine dell'esercizio del secondo.

Da un punto di vista prettamente teorico l'abuso trova origine nella tensione tra la libertà di agire e gli scopi personali sottesi a tale agire. Lo scontro tra i suddetti elementi costituisce il terreno fertile su cui questo si innesta e cresce. Difatti, il diritto soggettivo si articola nella (lecita) possibilità di assumere un comportamento previsto dalla norma e, quindi, di poter agire per soddisfare un interesse degno di tutela a livello legislativo³. Dal momento che questo, inteso come *agere licere*, è una facoltà "positiva", l'ordinamento giuridico non può tollerare il perseguimento di obiettivi non contemplati dalla *ratio* normativa il quale si presenta come la negazione stessa di un *corpus iuris*. Configurandosi in termini di facoltà non soggetta ad alcuna regola, esso si pone in aperto contrasto con il principio di sistematicità e

³ È bene ricordare la definizione elaborata da TORRENTE, SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1999, p. 62 ss., secondo cui «il diritto soggettivo è la signoria del volere, il potere di agire (agere licere) per il soddisfacimento del proprio interesse, protetto dall'ordinamento giuridico». Per un maggiore dettaglio di tale definizione si richiama GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pub.*, 1949, p. 259 ss., nota 41.

di coerenza che caratterizza un sistema di norme⁴. Ecco che la fattispecie dell'abuso nasce dal continuo ed inesorabile impegno da parte dell'ordinamento di riconoscere ai singoli individui, siano essi persone fisiche o giuridiche, uno spazio di libertà per il perseguimento di interessi "personali" degni di tutela da parte dell'ordinamento, senza che ciò possa sconfinare in un'azione priva di fondamento giuridico.

La stessa radice etimologica del termine conduce alla riflessione.

L'abuso deriva dalla locuzione *ab-uti* la quale allude ad un uso improprio o non usuale del diritto soggettivo, tale da rendere il comportamento del singolo individuo eccedente la sfera delle prerogative effettivamente esercitabili⁵. Per potersi configurare un'ipotesi di abuso occorre, quindi, accertare se l'atto posto in essere dal soggetto sia riconducibile al contenuto del diritto stesso o ne fuoriesca, in modo da raffigurare l'abuso alla stregua di un eccesso di

⁴ In tal senso RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, p. 64 ss.

⁵ In latino il verbo *abutor* viene utilizzato nell'accezione non solo di giovare ed usufruire ma anche di «fare cattivo uso di qualcosa» (e quindi abusare), nonché consumare del tutto qualcosa e dilapidare.

diritto⁶. Proprio sul problema dell'autonomia giuridica di siffatto istituto la Dottrina non si è espressa in modo uniforme. Una parte di essa, con differenti argomentazioni, ha negato dignità giuridica autonoma alla fattispecie *de qua*. Da un lato è stato affermato che *«l'abuso del diritto non sarebbe riconducibile né alla sfera del lecito, perché l'atto abusivo non è permesso e l'ordinamento sanziona il suo comportamento, né alla sfera dell'illecito, perché l'atto abusivo non è puntualmente vietato da una specifica disposizione normativa, là dove illecito sarebbe solo ciò che contravviene ad un divieto»*⁷. Dall'altro lato è stata sostenuta l'idea dell'abuso quale frutto di una lacuna della norma attributiva del diritto, tale per cui *«un Legislatore attento, che calibra con cura la fattispecie normativa, circoscrivendola e circostanziandola, sottrae spazio alla categoria dell'abuso, perché ogni ipotesi di sviamento*

⁶ Tale è la posizione di SANTORO, PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, p. 76 ss. In senso contrario, BIGLIAZZI, GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto della disc. priv., Sez. civ.*, Torino, p. 187 ss., secondo cui *«l'abuso attiene non all'estensione del contenuto del diritto, ma alle sue modalità di esercizio: l'atto abusivo pertanto non è un'ipotesi di eccesso dal diritto (perché non fuoriesce dal suo contenuto), ma di cattivo esercizio dello stesso»*.

⁷ Tale argomentazione è riferibile a GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963, p. 153 ss.

dall'interesse tutelato cadrà direttamente al di fuori del paradigma normativo: e non sarà necessario, per evidenziarne l'illiceità, ricorrere alla categoria dell'abuso»⁸.

Al contrario, maggiormente condivisibile è quell'orientamento dottrinale che ha sostenuto l'indipendenza dell'istituto in questione rispetto alla categoria dell'eccesso di diritto. Dato che quest'ultimo comporta uno sconfinamento dall'*agere* consentito, l'abuso non può esserne considerato un surrogato in quanto presenta una peculiarità che giustifica la sua costruzione come categoria autonoma: l'apparente conformità del comportamento del soggetto al contenuto del suo diritto⁹. L'essenza dell'abuso del diritto è proprio il *«tenere un comportamento apparentemente conforme al contenuto di una posizione giuridica soggettiva attribuita dall'ordinamento, ma in realtà in contrasto con le ragioni*

⁸ La tesi è ripresa da RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, op. cit., p. 141 ss., che argomenta sostenendo che «ove, invece, all'interno della fattispecie delineata dalla disposizione trovino spazio condotte apparentemente conformi al contenuto del diritto, perché strutturalmente compatibili con il paradigma normativo, ma dirette a realizzare interessi difforni da quello protetto, allora, ma solo allora, subentra l'abuso».

⁹ Cfr. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 205 ss.

*sostanziali poste a fondamento di tale attribuzione»¹⁰. Ulteriore elemento di distinzione tra le categorie in questione è rappresentato dal fatto che, mentre nel caso dell'eccesso lo sconfinamento dal contenuto del diritto è immediatamente rilevabile, in quanto l'atto, travalicando i limiti posti alle prerogative del soggetto, esula dal dettato normativo, nel caso dell'abuso, invece, lo sconfinamento non è di immediata percezione poiché l'atto, astrattamente compatibile con il contenuto del diritto, risulta conforme allo schema delineato dalla fattispecie¹¹. In altri termini, l'abuso del diritto è rilevabile soltanto in base ad un'attività di accertamento, eseguita *a posteriori*, dell'interesse concretamente perseguito dal soggetto¹².*

¹⁰ La citazione è di MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, p. 338 ss.

¹¹ Secondo SALVI, *Abuso del diritto*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, «la figura dell'abuso concerne ipotesi nelle quali un comportamento, che formalmente integri gli estremi dell'esercizio del diritto soggettivo, debba ritenersi però, sulla base di criteri non formali di valutazione, illecito».

¹² In questo senso BUSNELLI, NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Studi in onore DI PIETRO RESCIGNO*, V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano, 1998, p. 181 ss., ritengono che «l'eccesso dal diritto implica un superamento di limiti determinati in astratto e a priori, mentre l'abuso del diritto coinvolge, viceversa, una tipologia di regole che permettono una valutazione giudiziale a posteriori».

In un'ottica prettamente europeista, l'abuso si è posto e si pone come la sintesi del binomio libertà di azione o scelta *vs* scopo ultimo dell'azione o scelta. Se da un lato i Trattati istitutivi dell'UE attribuiscono ai soggetti libertà fondamentali da poter utilizzare in uno spazio giuridico senza frontiere, dall'altro si pone il problema di arginare tutti quei fenomeni in cui il formale esercizio del diritto attribuito sia del tutto incoerente con l'obiettivo della norma, dando vita a possibili forme di contrasto tra quanto concesso e, dunque, quanto effettivamente realizzato.

L'interesse per la tematica in oggetto nasce dal fatto che, soprattutto in giurisprudenza, è stato più volte affermato il principio secondo cui non è possibile avvalersi in maniera abusiva o fraudolenta del diritto europeo.

Due sono le considerazioni che si possono trarre da tale formula. *In primis*, che il singolo individuo, utilizzando le libertà a lui attribuite, può “sfruttarle” a suo vantaggio: ha, quindi, la concreta possibilità di ottenere risultati che si pongono in contrasto con il fine ultimo del sistema, sebbene il comportamento sia formalmente conferente con la lettera della disposizione che autorizza quell'azione. In secondo luogo, analizzando la richiamata espressione secondo un'interpretazione letterale, la Corte di Giustizia

sembra quasi voler individuare un principio/categoria generale che caratterizza l'intero ordinamento UE. Anzi, questo sembra ergersi a clausola di salvaguardia per tutelare un sistema che, proprio per la sua complessità, potrebbe essere oggetto di un utilizzo improprio.

Naturalmente l'abuso in ambito europeo si palesa diversamente rispetto al piano nazionale. Sebbene l'obiettivo sia lo stesso, *i.e.* la coerenza del sistema, le modalità di operare risultano, *ictu oculi*, differenti. Se da un punto di vista interno si tratta di sfruttare le piccole incongruenze o falle che possono sussistere all'interno di uno specifico settore del diritto, in una visione sovranazionale esso si sostanzia nell'individuare e, quindi, nello scegliere l'ordinamento giuridico che sia più favorevole per gli interessi del singolo, attraverso il legittimo esercizio delle libertà fondamentali UE.

È proprio in un'ottica di concorrenza tra gli ordinamenti¹³, e quindi di circolazione dei modelli normativi, che si concretizza la possibilità di utilizzare il diritto europeo per fini non coerenti con il dettato normativo. Come noto, uno degli obiettivi del diritto UE è

¹³ Cfr. ZOPPINI, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Bari, 2004.

il raggiungimento di un maggiore grado di armonizzazione e di ravvicinamento delle legislazioni nazionali e non quello di sostituirsi *tout court* ai diversi diritti nazionali. La pluralità normativa, caratteristica intrinseca della stessa Unione, pone il soggetto europeo nelle condizioni ottimali per rintracciare il diritto nazionale più favorevole, potendo così ottenere risultati difficilmente raggiungibili qualora la propria libertà di azione si estrinsechi unicamente nell'ambito del sistema giuridico di appartenenza. Ecco che alla luce di ciò si pone l'esigenza di definire che cosa sia l'abuso del diritto secondo la disciplina europea ed in che modo si articoli il divieto di utilizzare abusivamente o fraudolentemente il diritto UE.

È doveroso anticipare che l'abuso si presenta differentemente a seconda che l'analisi venga condotta sul piano normativo ovvero su quello giurisprudenziale.

Se a livello "legislativo" è possibile ravvisare una particolare forma di ritrosia a definire che cosa si debba intendere per abuso, dal punto di vista del diritto vivente, invece, la Corte di Giustizia, attraverso una serie di importanti pronunce, ha cercato il più possibile di rintracciare gli elementi caratteristici della questione

oggetto di studio con l'intento (così trasparente!) di elaborarne una vera teoria.

Il quadro giuridico è complicato dal fatto che il richiamo alla nozione investe inevitabilmente il problema dei rapporti tra il diritto europeo e quello nazionale in relazione alla ripartizione dei compiti tra i giudici interni e l'organo giurisdizionale europeo nel momento in cui si palesa una pratica abusiva e, quindi, vi è la necessità di contrastare circostanze di tal genere. A ciò si aggiunga il problema dell'esatta individuazione dei confini dell'onere della prova in campo processuale: si dovrà chiarire quali elementi probatori saranno indispensabili in sede di contenzioso per evitare che l'azione posta in essere sia considerata abusiva e, quindi, non coerente con gli obiettivi dell'Unione Europea.

Proprio per i molteplici profili di criticità, tale approfondimento avrà come obiettivo ultimo non solo quello di tentare una ricostruzione del fenomeno dell'abuso del diritto dell'UE ma soprattutto di verificare se il contestuale divieto possa essere elevato a principio generale del sistema europeo - quindi non limitato solo ed esclusivamente a determinati settori o ambiti come quello

fiscale¹⁴ - oppure, come è stato sostenuto¹⁵, sia un mero canone interpretativo che dovrebbe caratterizzare le stesse

¹⁴ Sul tema dell'abuso del diritto in ambito fiscale, si segnalano: ADONNINO, *Armonizzazione fiscale nell'Unione Europea*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1999; AMAND, *Prohibition of Abusive Practise in European VAT, Court Aid to National Legislation Bugs?*, in *Intertax*, 2008, p. 20 ss.; ATTARDI, *Abuso del diritto e giurisprudenza comunitaria: il perseguimento di un vantaggio fiscale come scopo essenziale dell'operazione elusiva*, in *Dir. prat. trib.*, 2008, p. 637 ss.; AVERY-JONES, *Tax Law – Rules o principales*, in *Fiscal Studies*, 1996, p. 63 ss.; CARLI, *Diritto tributario europeo e “paradisi fiscali”: abuso del diritto ... di stabilimento o lacuna del sistema fiscale comunitario?*, in *Riv. dir. eur.*, 1988, p. 128 ss.; CASTRONOVO, *Abuso di diritto come illecito atipico*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 1051 ss.; CERIONI, *Harmful Tax Competition Revisited: Why not a Purely Legal Perspective under EC Law?*, in *Eur. tax.*, 2005, p. 267 ss.; COZIAN, *La notion d'abus de droit en matière fiscale*, in *Gazette du Palis*, 1993, p. 50 ss.; D'ANIELLO, *Il regime fiscale delle holding europee – Riflessione a margine delle normative anti-abuso contenuta nella disciplina italiana dei dividendi comunitari*, in *Riv. dir. trib. int.*, 2000, p. 170 ss.; DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, Amsterdam, 2008; DE LA FERIA, *The European Court of Justice'Solution to Aggressive VAT Planning – Further Towards Legal Uncertainty?*, in *EC tax rev.*, 2006, p. 27 ss.; ESSERS, DE BONT, KEMMEREN (a cura di), *The compatibility of Anti-Abuse Provision in Tax Treaties with EC Law*, l'Aia, Londra, Boston, 1998; EVANS, DELAHUNTY, *ECJ Decision: Cadbury Schweppes and the U.K. CFC Rules*, in *Tax plan. int. rev.*, 2006, p. 11 ss.; FARMER, *VAT Planning: Assensing the “Abuse of Rights” Risk*, in *The tax journal*, 2002, p. 5 ss.; GARBARINO, *L'abuso del diritto nel sistema francese, comunitario e internazionale*, in *Dir. prat. trib.*, 2000, p. 674 ss.; HARRIS, *The Notion of “abus de droit” and Its Potential Application in fiscal Matters Within the EU Lagal Order*, in *EC Tax Journal*, 2001, p. 187 ss.; HARRIS, *Abus de Droit: further thoughts on the cleansing of the stables, and the*

Community notion of own resources, in *The EC Tax Journal*, 2002, p. 111 ss.; HARRIS, *Abus de Droit in the Field of Value Added Taxation*, in *British tax rev.*, 2003, p. 131 ss.; KRAMER, *Abuse of Law by Tax Saving Devices*, in *Intertax*, 1991, p. 96 ss.; LOVISOLO, *Il principio di matrice comunitaria dell'«abuso» del diritto entra nell'ordinamento giuridico italiano: norma antielusiva di chiusura o clausola generale antielusiva? L'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Dir. prat. trib.*, 2009, p. 49 ss.; LUPI, *Elusione: esperienze europee tra l'uso e l'abuso del diritto tributario*, in DI PIETRO (a cura di), *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, Milano 1999, p. 285 ss.; LUPI, SANTACROCE, *Il concetto comunitario di abuso del diritto in una recente circolare delle Entrate sull'elusione nell'IVA*, in *Lo Stato civile italiano*, 2008, p. 115 ss.; MAISTO (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario: orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, Milano, 2009; PIANTAVIGNA, *Abuso del diritto e fiscalità della giurisprudenza comunitaria: un'ipotesi di studio*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2009, p. 369 ss.; PIANTAVIGNA: *Conference Report: Prohibition of Abuse of Law, A new general Principle of EU Law? 3-4 October 2008*, Oxford (UK), in *Intertax*, 2009, p. 166 ss.; PIANTAVIGNA, *Abuso del diritto fiscale nell'ordinamento europeo*, Torino, 2011; PIANTAVIGNA, *Divieto di abuso del diritto: un nuovo principio generale nell'ordinamento comunitario?*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2009, p. 122 ss.; PISTONE, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Padova, 1995; PISTONE, *Abuso del diritto ed elusione fiscale: l'impatto del diritto comunitario sull'ordinamento tributario italiano*, in AA.VV., *Atti del convegno per gli 80 anni di Diritto e Pratica Tributaria*, Padova, 2007, p. 91 ss.; POGGIOLI, *La Corte di Giustizia elabora il concetto di "comportamento abusivo" in materia di IVA e ne tratteggia le conseguenze sul piano impositivo: un'epifania di una clausola generale antielusiva di matrice comunitaria?*, in *Riv. dir. trib.*, 2006, p. 122 ss.; RHODE, *L'abuso del diritto nell'IVA ed i principi di proporzionalità, neutralità e certezza del diritto*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, p. 79 ss.; VERMED, *The Court of Justice of the European Communities and Direct Taxes: "Est-ce que la justice est de ce mond"?*, in *EC tax rev.*, 1996, p. 665 ss.

disposizioni europee e, quindi, non degno di veste giuridica autonoma di caposaldo dell'ordinamento UE, in quanto espressione del principio di buona fede ovvero di coerenza di sistema.

¹⁵ In tal senso KARAYANNIS, *L'abus de droits découlant de l'ordre juridique communautaire à propos de l'arrêt C-367/96 Alexandros Kefalas e a./Elliniko Dimosio (état hellénique)*, in *Cahiers de droit européen*, 1999, p. 521 ss.; TRIANTAFYLLOU, *Abuse of rights versus primacy?*, in *Comm. mar. law rev.*, 1999, p. 157 ss.

CAPITOLO I

LA CONCORRENZA TRA ORDINAMENTI GIURIDICI COME ORIGINE DELL'ABUSO DEL DIRITTO

SOMMARIO: 1. L'Unione Europea tra armonizzazione e pluralità nazionale – 2. La concorrenza tra ordinamenti giuridici UE – 3. La facoltà di scelta fra i diversi sistemi normativi come essenza intrinseca dell'ordinamento UE – 4. La scelta dell'ordinamento più favorevole – 5. I limiti positivi alla scelta dell'ordinamento più favorevole – 6. Il limite “di non avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario” – 7. L'abuso del diritto alla luce degli ordinamenti nazionali – 8. La risposta dell'ordinamento italiano al fenomeno dell'abuso del diritto.

1. L'Unione Europea tra armonizzazione e pluralità nazionale.

Mercato interno, armonizzazione normativa e pluralità nazionale rappresentano i binari lungo i quali si è articolato il processo d'integrazione europea, dalla nascita della Comunità fino alle modifiche apportate con il Trattato di Lisbona¹⁶.

La realizzazione di un mercato comune, insieme con il graduale ravvicinamento degli ordinamenti nazionali, è stata sempre al centro del metodo comunitario. Ciò si ricava dalla lettera dell'art. 2 del Trattato CE ai sensi del quale *«la Comunità ha il compito di promuovere nell'insieme della Comunità, mediante l'instaurazione di un mercato comune e di un'unione monetaria e mediante l'attuazione delle politiche e delle azioni comuni di cui agli artt. 3 e 4, uno sviluppo armonioso, equilibrato e*

¹⁶ Il Trattato di Lisbona, sottoscritto il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1° gennaio 2009, ha modificato il Trattato sull'Unione Europea e il Trattato che istituisce la Comunità Europea. Cfr. GUUE n. C 306 del 17 dicembre 2007; le rettifiche sono in GUUE n. C 54 del 27 febbraio 2008, n. C 111 del 6 maggio 2008, n. C 290 del 30 novembre 2009 (quest'ultima riporta anche una rettifica al Trattato di Amsterdam, che modifica il Trattato sull'Unione Europea, i Trattati che istituiscono le Comunità Europee e alcuni atti a questi connessi, firmato ad Amsterdam il 2 ottobre 1997).

sostenibile delle attività economiche, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, ... [omissis] ..., una stabilità accresciuta, ... [omissis] ..., un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati che ad essa partecipano».

Dalla richiamata disposizione emerge non solo la centralità dell'espressione mercato comune, inteso nella sua duplice veste di mezzo per il raggiungimento dei fini ultimi della Comunità nonché di obiettivo verso cui tendere, ma anche l'importanza di un sistema relazionale tra Stati volto a garantire ed a preservare lo sviluppo armonioso e coerente dei rispettivi sistemi economici-normativi.

È importante chiarire, in prima battuta, un problema interpretativo.

Atteso che il concetto di mercato ha assunto, ed ha, un'importanza centrale nell'ambito dei Trattati, di tale locuzione manca una definizione giuridica, né è possibile far riferimento a casi analoghi¹⁷ o interventi legislativi

¹⁷ Di mercato comune aveva parlato prima del Trattato del 1957 soltanto quello firmato a Parigi il 18 giugno 1951, istitutivo delle Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA), con riferimento, però, ad una realtà alquanto differente: difatti il mercato CECA era strettamente settoriale e non comportava, a

“esterni”¹⁸ all’ambito europeo. A ciò si aggiunga che per molto tempo sono coesistite due accezioni di mercato: quello comune e quello interno. Difatti, l’Atto Unico Europeo, all’art. 14, aveva enucleato la nozione di mercato interno in termini di spazio senza frontiere (interne), nel quale erano assicurate le libertà di circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. Nonostante

differenza del mercato CE, una vera e propria unione doganale, perché privo di una protezione doganale uniforme nei confronti degli Stati terzi.

¹⁸ Si fa riferimento al concetto di unione doganale. Sebbene questa sia richiamata nell’ambito dell’art. 28 TFUE (*ex art.* 23 del TCE) – ai sensi del quale «l’Unione comprende un’unione doganale che si estende al complesso degli scambi di merci e comporta il divieto, fra gli Stati membri, dei dazi doganali all’importazione e all’esportazione e di qualsiasi tassa ad effetto equivalente, come pure l’adozione di una tariffa doganale comune nei rapporti con i paesi terzi» - non vi è una definizione *ad hoc* che possa chiarire che cosa si debba intendere con tale espressione. A tal fine, si richiama la definizione contenuta nell’Accordo Generale sulle Tariffe e sul Commercio (GATT), concluso a Ginevra il 30 ottobre 1947, ripreso in allegato all’Accordo istitutivo dell’Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), firmato a Marrakech il 15 aprile 1994. Secondo l’art. XXIV, par. 8, costituisce unione doganale «la sostituzione di un solo territorio doganale a due o più territori doganali, quando questa sostituzione ha per conseguenza: i) che i dazi doganali e le altre regolamentazioni commerciali restrittive (...) siano eliminati per l’essenziale degli scambi commerciali tra i territori costitutivi dell’unione, o per lo meno per l’essenziale degli scambi commerciali relativi a prodotti originari di questi territori; ii) e che (...) i diritti doganali e le altre regolamentazioni applicate da ciascuno dei membri dell’unione al commercio con i territori che non sono compresi in essa siano identici nella sostanza».

l'introduzione di tale espressione, non è stata fornita alcuna definizione a riguardo e non è stato altresì chiarito il rapporto tra le due nozioni di "mercato". Inoltre, la novella normativa non ha espunto dai Trattati il riferimento al mercato comune. A tal proposito, è venuta in soccorso la Corte di Giustizia che ha chiarito il rapporto esistente tra le due fattispecie, statuendo che «*la nozione di mercato comune mira ad eliminare ogni intralcio per gli scambi intracomunitari al fine di fondere i mercati nazionali in un mercato unico il più possibile simile ad un vero e proprio mercato interno*»¹⁹. Il passaggio in questione utilizza tre distinti termini. In particolare, quelli di «*mercato comune*» e di «*mercato unico*» vengono trattati come se fossero del tutto equivalenti, mentre l'inciso «*mercato interno*» è utilizzato come termine di paragone e di confronto, in cui proprio l'aggettivo «*interno*» sembra alludere alla realtà di un mercato nazionale.

¹⁹ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 5 maggio 1982, C-15/81, *Schulz*. In tal senso Corte di Giustizia, sentenza 9 febbraio 1982, C-270/80, *Polydor*.

Sebbene in Dottrina²⁰ si sia ampiamente discusso sul rapporto sottostante le diverse varianti linguistiche del termine mercato, ogni dubbio è stato fugato dal Trattato di Lisbona. Il riferimento al mercato comune è stato eliminato dai Trattati ed è stato sostituito proprio con la locuzione «mercato interno». Ciò trova diretta corrispondenza nel fatto che non solo il titolo I del TFUE è intitolato «*Mercato interno*», ma ogni qualvolta si incontra il vocabolo «mercato» questo non è più affiancato dall'aggettivo «comune» ma solo ed esclusivamente da «interno», come a voler ribadire l'unità che caratterizza oggi l'Unione Europea, sempre più simile ad una realtà

²⁰ Alcuni Autori hanno ravvisato la distinzione tra mercato comune e mercato interno nella maggior ampiezza del primo termine che comprenderebbe sia le libertà fondamentali, che costituiscono il mercato interno sia le politiche comuni nei settori considerati dal Trattato. In tal senso cfr. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo. Cittadinanza – libertà di circolazione – concorrenza – aiuti di stato*, Milano 2006, p. 40 ss.; TIZZANO, *L'atto unico europeo e la realizzazione del mercato interno*, in *il Foro it.*, 1989, p. 75 ss. Contrariamente, sull'equivalenza dei richiamati termini cfr. POCAR, *Mercato interno e Atto Unico Europeo*, in VALENTI (a cura di) *Integrazione europea e promozione dei diritti umani*, Perugia, 1997, p. 59 ss.; ROSSI, *Il buon funzionamento del mercato comune*, Milano 1990, p. 26 ss.; TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010, p. 390 ss.; VAN DER ESCH, *The competition of the internal Market in Goods and Services according to art. 8 A ECC Treaty and the White Paper: Some legal Comments*, in *Rev. droit aff. int.*, 1994, p. 8 ss.; VERLOREN VAN THEMAAT, in BIERBER, 1992: *One European Market*, Baden-Baden, 1998, p. 109 ss.

nazionale dove non sussistono, o non dovrebbero sussistere, limitazioni e ostacoli allo sviluppo dell'economia (europea)²¹.

Tanto premesso, è importante rilevare che la realizzazione, o meglio, il consolidamento del mercato interno si è palesato non solo nell'esistenza di un'unione doganale ma, in particolar modo, nella possibilità di esercitare le libertà fondamentali, le quali permettono ai singoli, siano essi persone fisiche o giuridiche, di poter circolare, stabilirsi ed esprimere il proprio "io economico",

²¹ Preme rilevare come, nella prassi, l'uso del termine «mercato unico» sia molto diffuso relativamente al problema dell'integrazione europea e viene ancora molto spesso utilizzato nei documenti ufficiali redatti dalle Istituzioni o per conto delle stesse. Ciò è quanto si evince dal Rapporto che Mario Monti ha preparato per il Presidente della Commissione Europea, Josè Manuel Barroso, del 9 maggio 2010, intitolato «Una nuova strategia per il mercato unico». Nel richiamato documento, oltre ad evidenziare come, da un punto di vista concettuale e comunicativo, il termine «mercato unico» sia il più corretto da utilizzare, si afferma che «la solidità del mercato unico è un fattore essenziale per la salute generale dell'Unione europea, proprio perché a fondamento stesso del progetto di integrazione». Quanto detto trova diretta conferma nella Comunicazione che la Commissione europea ha indirizzato al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, addì 13 aprile 2011 (COM/2011/0206 *final*) e che ha intitolato «Atto per il mercato unico europeo: dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia – Insieme per una nuova crescita». In tal senso, cfr. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo. Cittadinanza – Libertà di circolazione – Concorrenza – Aiuti di Stato*, Milano, 2012, p. 2 ss.

come se tutto ciò avvenisse all'interno di uno stesso territorio.

Tale risultato è stato perseguito, inizialmente, mediante un processo di integrazione esogena fra le diverse realtà economiche nazionali, caratterizzato dall'imposizione di specifici divieti in capo agli Stati membri al fine di eliminare qualunque barriera interna che avrebbe potuto ostacolare l'effettiva realizzazione di siffatto obiettivo. I provvedimenti adottati in tale direzione avevano come fine ultimo quello di evitare che misure e atti nazionali potessero entrare in conflitto con il processo di integrazione del mercato. L'attività del legislatore, quindi, era focalizzata ad armonizzare ed uniformare i sistemi normativi interni nella convinzione che si sarebbe potuto garantire un'effettiva integrazione, solo imponendo dall'esterno la contemporanea vigenza di regole di identico contenuto negli Stati membri. Il forte slancio verso la realizzazione del mercato interno si è concretizzato, principalmente, lungo due linee guida: il riavvicinamento delle legislazioni nazionali e l'eliminazione delle barriere tecniche, fiscali e fisiche, con il fine ultimo di appianare quelle differenze normative di potenziale ostacolo all'unificazione dei mercati locali. Dal momento che

l'obiettivo era di costruire un sistema di regole comune, il processo di armonizzazione normativa è stato attuato attraverso il massiccio impiego della direttiva comunitaria. Tale atto, a differenza del regolamento, consentiva (e consente) a ciascuno Stato di preservare la propria normativa nazionale, imponendo al contempo, però, l'armonizzazione. Attraverso la base giuridica dell'art. 94 TCE²², il Consiglio è stato investito del potere²³ di adottare puntali direttive volte al riavvicinamento delle normative nazionali che avevano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune²⁴.

²² Ora art. 115 TFUE.

²³ Deliberando all'unanimità, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento.

²⁴ Successivamente, con l'AUE, che ha introdotto l'art. 95 TCE (ora art. 114 TFUE), è stato ampliato il potere istituzionale nell'adottare atti finalizzati al corretto funzionamento del mercato UE. La grande novità era ed è rappresentata dalla circostanza che la lettera della norma non faceva e non fa più riferimento alla direttiva ma si prevede(va) la possibilità di adottare misure idonee al raggiungimento dell'obiettivo in questione. In tal modo non si esclude(va) la possibilità di adottare regolamenti, caratterizzati da una maggiore forza cogente rispetto alle direttive. Inoltre era ed è prevista una semplificazione procedurale per l'adozione degli atti con base giuridica l'art. 95. Non era (è) più richiesta l'unanimità del Consiglio ma si prevede(va) solo la maggioranza qualificata con il pieno coinvolgimento del Parlamento

Tale *modus operandi* ha dovuto, però, fare i conti con due ordini di problemi.

In primis, l'eccessiva proliferazione di atti comunitari, volti ad ottenere un obbligo di risultato, ha chiaramente appesantito il processo di integrazione. Gli Stati hanno dovuto far fronte ad un crescente carico normativo che il più delle volte ha dato vita a ritardi considerevoli nella trasposizione delle direttive. Inoltre, l'affermazione dei principi di sussidiarietà²⁵ e di proporzionalità²⁶ hanno

²⁵ Il principio di sussidiarietà è stato riconosciuto con il Trattato di Maastricht del 1992 che lo ha elevato a principio cardine dell'Unione Europea, volto a garantire l'esatta ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri. Si deve sottolineare che lo stesso ha rappresentato, fin dalla nascita della Comunità, un canone immanente allo stesso sistema comunitario cui la prassi istituzionale si è sempre ispirata. Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 10 dicembre 2002, causa C- 491/01, *The Queen c. Secretary of State for Health, ex parte: British American Tobacco Investments Ltd e Imperial Tobacco*; sentenza 9 ottobre 2001, causa C-377/98, *Paesi Bassi c. Parlamento*; sentenza 13 maggio 1997, causa C-233/94, *Germania c. Parlamento e Consiglio*. In Dottrina cfr. ARMANNO, *La sussidiarietà nel secondo pilastro UE*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 413 ss.; BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità*, in *Dir. un. eur.*, 2010, p. 517 ss.; BERNARD, *The future of European economic law in the light of the principle of subsidiarity*, in *Comm. mar. law rev.*, 1996, p. 637 ss.; BLANQUET, *L'article 5 du Traité CE*, Paris, 1994; CAFARI PANICO, *Il principio di sussidiarietà e il ravvicinamento delle legislazioni nazionali*, in *Jus*, 1994, p. 381 ss.; CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *il Foro it.*, 1995, p. 373

ss.; D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione europea*, Venezia, 1998; DELORS, *Subsidiarité: défi du changement. La subsidiarité, principe directeur des futures responsabilités en matière de politiques communautaires? Actes du colloque*, Maastricht, 21-22 mars 1991 (a cura di) *Institut européen d'administration publique*; DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, Napoli, 2000; GIGLIONI, *Subsidiary cooperation: a new type of relationship between public and private bodies supported by the EU law - Cooperazione sussidiaria: un tipo nuovo di relazione tra enti pubblici e privati incentivato dalla legge dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, p. 485 ss.; GUNGUR, *Supranationalité et subsidiarité dans le droit communautaire*, Bruxelles, 1991; GUIZZI, voce *Sussidiarietà*, in *Enc. giur.*, Roma, 2000; MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà nel "Progetto di Trattato che istituisce una costituzione per l'Europa"*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, p. 1220 ss.; ORSELLO, *Il principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione europea*, Roma, 1993; PORCHIA, *La sussidiarietà attraverso il riordino delle competenze? Il Trattato di riforma e la ripartizione delle competenze - Subsidiarity through Competences' Re-Organization? The Reform Treaty and the Distribution of Competences*, in *Studi int. eur.*, 2010, p. 631 ss.; RISPOLI, *Azione di arricchimento e sussidiarietà*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1790 ss.; SINNOTT, *Integration theory, subsidiarity and the internationalisation of issues: the implication for legitimacy*, Firenze, 1994; STROZZI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, p. 136 ss.; STROZZI, *Il principio di sussidiarietà nel futuro dell'integrazione europea: un'incognita e molte aspettative.*, in *Jus*, 1994, p. 359 ss.; VECCHIO, *La partecipazione delle assemblee parlamentari regionali nella fase ascendente di formazione del diritto comunitario: spunti di riflessione dal modello spagnolo*, in *Quad. reg.*, 2010, p. 573 ss.; ZULEEG, *Les repartitions des compétences entre la Communauté et ses Etats membres*, Liéges, 1973.

²⁶ Tale principio attiene alle modalità di esercizio delle competenze dell'Unione. Tanto nei settori di competenza esclusiva, quanto in quelli di competenza concorrente, l'intervento dell'Unione, una

fortemente limitato l'azione comunitaria. Prevedendo, rispettivamente, che quest'ultima debba arrestarsi qualora il potere normativo degli Stati risulti idoneo a realizzare in maniera compiuta gli obiettivi prefissati, e che l'azione comunitaria non possa eccedere quanto necessario per

volta deciso, deve essere limitato a quanto strettamente necessario per il raggiungimento degli obiettivi del Trattato. Il principio di proporzionalità, tutelando gli Stati membri da interventi europei di portata ingiustificatamente ampia, condiziona da un lato la scelta del tipo di atto, dall'altro lato postula l'esigenza che quanto predisposto ed adottato dall'Unione sia idoneo a realizzare lo scopo perseguito. Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 10 dicembre 2002 *British American Tobacco (investments) Ltd. E Imperial Tobacco Ltd*, op cit.; sentenza 12 luglio 2002, causa C-210/00, *Kaiserei Ghampignon Hofmeister*; sentenza 18 novembre 1987, causa C-137/85, *Maizena*; sentenza 12 novembre 1996, causa C-84/94, *Regno Unito c. Consiglio*. In Dottrina si cfr. CANNIZZARO, *Nicholas Emiliou, The Principle of Proportionality in European Law*, *Kluwer Law International*, London, The Hague, Boston, 1996, XXX-288, in *Dir. un. eur.*, 1997, p. 533 ss.; CASALENA, *The role of national Parliaments in the Lisbon Treaty - Il ruolo dei Parlamenti nazionali nel Trattato di Lisbona*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2008, p. 348 ss.; DEL CONTE, *La Corte di giustizia tra garanzia delle libertà fondamentali sancite dal Trattato CE e sovranità sociale degli Stati membri*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 1239 ss.; DE PASQUALE, *Il riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 60 ss.; DRAETTA, *Le competenze dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. comun. e degli scambi int.*, 2008, p. 245 ss.; FERRARA, *L'efficacia dei principi comunitari sulla concorrenza*, in *Dir. un. eur.*, 2005, p. 669 ss.; PINELLI, *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità*, in *Dir. un. eur.*, 1999, p. 725 ss.; SALTARI, *Trattato di Lisbona. Il riparto di competenze tra l'Unione Europea e gli Stati: ossificazione o fluidità?*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, p. 231 ss.

raggiungere i suddetti scopi, si è quindi cercato vie alternative e più veloci per la realizzazione del mercato UE, venendo incontro, allo stesso tempo, alle esigenze nazionali.

Il contesto giuridico sopra descritto è stato il terreno fertile nel quale il mutuo riconoscimento²⁷ ha messo radici

²⁷ Cfr. BARATTA, *L'equivalenza delle normative nazionali ai sensi dell'art. 100B del Trattato CE*, in *Riv. dir. eur.*, 1993, p. 727 ss.; BASSI, *Il mutuo riconoscimento in trasformazione: il caso delle patenti di guida*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 1582 ss.; CARPANETO (a cura di), *Giurisprudenza comunitaria*, in *Studium iuris*, 2009, p. 231 ss.; FERLETIC, *Libera circolazione dei medici e mutuo riconoscimento delle specializzazioni mediche in ambito comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, p. 1773 ss.; FISICHELLA, *Il principio di mutuo riconoscimento e la libera circolazione delle professioni nell'Unione Europea*, in *Dir. un. eur.*, 1999, p. 53 ss.; GAGLIARDI, *Libertà di circolazione dei lavoratori, concorsi pubblici e mutuo riconoscimento dei diplomi*, in *il Foro amm. C.d.S.*, 2010, p. 735 ss.; GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso "Centros"*, in *Riv. dir. int.*, 2000, p. 71 ss.; HONORATI, *Free Circulation Of Names For EU Citizens? - Libera circolazione dei nomi per i cittadini UE?*, in *Dir. un. eur.*, 2009, p. 379 ss.; LEZZI, *Principio di equivalenza, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione delle professioni nell'Unione europea*, in *Diritto com. e degli scambi int.*, 2003, p. 383 ss.; MASSIMINO, *L'orientamento della Corte di giustizia in materia di procedura di mutuo riconoscimento per farmaci generici e la responsabilità dello Stato membro*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, p. 362 ss.; MASTROIANNI, *La libertà di prestazione dei servizi nella giurisprudenza comunitaria: i principi generali*, in *Studi sull'int. eur.*, 2007, p. 523 ss.; MATTERA, *Le principe de la reconnaissance mutuelle et le respect des identités*

solide. Nato come principio di matrice pretoria, utilizzato soprattutto nel settore della libera circolazione delle merci, successivamente è stato cristallizzato come norma positiva il cui ambito di applicazione ha riguardato sia la libertà di stabilimento che la libera circolazione dei servizi. Se in una prima fase del processo di integrazione il ruolo del legislatore è stato preponderante, a partire dagli anni '80 la Corte di Giustizia, con la propria attività interpretativa, ha rivestito un ruolo di assoluta importanza nel richiamato processo. Grazie alla nota sentenza *Cassis de Dijon*²⁸, i

nationales, régionale set locales, in AA.VV., MÉLENGES, BRUYLANT, 2003, p. 287 ss.; NESPOR, *Riconoscimento dei diplomi e libera circolazione dei lavoratori*, in *DL – Riv. critica dir. lav. priv. e pubbl.*, 2010, p. 371 ss.; NICOLAIDIS, *Mutual Recognition of Regulatory Regimes: Some Lessons and Prospects*, *Jean Monnet working Paper*, 1997, p. 3 ss.; NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Padova, 2005; NICOLIN, SANTIAGO, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, in *Eurolex*, Madrid, 1999, p. 432, in *Dir. un. eur.*, 2000, p. 959 ss.; ORTINO, *Il mutuo riconoscimento e l'integrazione comunitaria dei mercati dei servizi finanziari*, in *Banca Impresa Società*, 2006, p. 185 ss.; ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Milano, 2003; SCHIOPPA PADOA, *Il mutuo riconoscimento e il mercato del lavoro europeo*, in *Il Mulino*, 2001, p. 1076 ss.; TORCHIA, *Il governo delle differenze: il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, 2006.

²⁸ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 20 febbraio 1979, causa C-120/78.

Giudici del Lussemburgo hanno statuito che «*gli ostacoli per la circolazione intracomunitaria derivanti da disparità delle legislazioni nazionali relative al commercio dei prodotti ... [omissis] ... vanno accettati qualora tali prescrizioni possano ammettersi come necessarie per rispondere a esigenze imperative attinenti, in particolare all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute pubblica, alle lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori*»²⁹. Il pensiero della Corte è chiaro: la normativa di uno Stato membro concernente i requisiti tecnici dei prodotti può essere applicata a beni importati da altri Stati membri solo qualora tale normativa sia giustificata da esigenze imperative di ordine generale. Al contrario, qualora la legislazione nazionale non risulti legittimata da uno dei motivi *supra* elencati o da ragioni della stessa natura, non se ne potrà esigere il rispetto da

²⁹ In tal senso cfr. Corte di Giustizia, sentenza 26 giugno 1980, causa C-788/79, *Gilli*; sentenza 16 dicembre 1980, causa C-27/80, *Fietje*; sentenza 10 novembre 1980, causa C-261/80, *Rau*; sentenza 15 ottobre 1985, C-281/83, *Commissione c. Italia*; sentenza 11 luglio 1985, causa riunite C-60 e 61/84, *Cinéthèque*; sentenza 7 febbraio 1985, causa C-240/83, *ADBHU*; sentenza 12 marzo 1987, causa C-178/84, *Commissione c. Germania*; sentenza 14 luglio 1988, causa C-298/87, *Smanor*; sentenza 13 marzo 1997, causa C-385/95, *Morellato*.

parte di prodotti provenienti da altri Paesi³⁰. In forza di tale pronuncia, si è creato un obbligo generale in capo agli Stati membri di superare gli ostacoli dovuti alle differenze delle proprie regolamentazioni. Il mutuo riconoscimento, quindi, fondandosi sulla logica dell'equivalenza giuridica delle diverse legislazioni nazionali, pone queste sullo stesso piano, riconoscendole equipollenti a livello funzionale, sebbene, allo stesso tempo, differenti l'una dall'altra. Esso è ricostruito come estrinsecazione del principio della reciproca fiducia che gli Stati³¹, proprio

³⁰ Si deve sottolineare che lo Stato membro che intenda imporre ai prodotti importati la propria regolamentazione tecnica non potrà limitarsi a rintracciare la *ratio* in uno o più esigenze imperative, ma dovrà dimostrare la presenza di determinate condizioni: *i*) la normativa in questione si applica indiscriminatamente tanto ai prodotti importati quanto ai corrispondenti prodotti nazionali; *ii*) non devono esistere disposizioni comunitarie tali da rendere superflua la normativa nazionale; *iii*) la normativa in questione deve essere necessaria per il perseguimento dello scopo prefisso e non devono esistere altri mezzi meno restrittivi per conseguire lo stesso risultato; *iv*) lo Stato dovrà valutare se la normativa tecnica cui il prodotto si è conformato nello Stato di produzione non offra garanzie equivalenti a quelle richieste dalla normativa in vigore nello Stato d'importazione: in caso affermativo, questo Stato non potrà imporre al prodotto il rispetto anche della propria normativa tecnica.

³¹ In Dottrina, la fiducia reciproca tra gli Stati, posta a fondamento del principio del mutuo riconoscimento, viene definita in termini di «*mode of governace*». Tale espressione è stata coniata da SCHMIDT, *So close and yet so far: the paradox of mutual recognition*, in

perché ispirati a logiche diverse, devono nutrire vicendevolmente. Tale valore assoluto trova la propria *ratio* giustificatrice in quel caposaldo del diritto europeo che influenza tanto i rapporti verticali quanto quelli orizzontali: la leale cooperazione³². Ecco che la Corte postula, dunque, la piena accettazione delle diversità normative esistenti tra i sistemi normativi statali, purché questi non si pongano in contrasto con i fini ultimi e i

Journ. eur. pub. policy, 2007, p. 814 ss., in cui allude al mutuo riconoscimento come un «*new mode of governace*» fondato sulla fiducia reciproca degli Stati. Diversamente, GENSCHEL, *Why no mutual recognition of VAT? Regulation, taxation and the integration of the EU's internal market for goods?*, ivi, 2007, p. 743 ss.; TRACHTMAN, *Embedding mutual recognition at the WTO*, ivi, 2007, p. 780 ss., sostengono come il richiamato principio sia una norma di conflitto impropria e dal funzionamento incerto.

³² Cfr. ATRIPALDI, *Leale cooperazione comunitaria ed obbligo degli Stati al riesame degli atti amministrativi definitivi contrari al diritto comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004, p. 883 ss.; LOMBARDO, *Il principio di leale cooperazione e l'armonizzazione indiretta delle regole procedurali nazionali alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Dir. comun. e degli scambi int.*, 2008, p. 469 ss.; PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo: la cooperazione pluridirezionale*, Bologna, 2008, p. 5 ss.; SINA, *Certezza del diritto e leale cooperazione. Quando due principi dell'ordinamento comunitario muovono apparentemente in direzioni contrapposte*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 907 ss.

In tal senso cfr. Corte di Giustizia, sentenza 11 maggio 1989, causa C-25/88, *Bauchara*.

principi di matrice europea³³. Alla luce di ciò, la pluralità nazionale rappresenta, *inter alia*, un altro importante valore su cui si fonda l'Unione. Sebbene il sistema europeo sia caratterizzato da una forte tensione verso l'unità e la perfetta armonizzazione delle parti che lo compongono, allo stesso tempo, però, non si può trascurare la circostanza che tale ordine normativo contempla non solo una pluralità di minoranze, ma soprattutto un insieme di sistemi normativi la cui diversità è palesemente riconosciuta, ammessa e, quindi, tutelata.

Quanto detto si ricava non solo dalla giurisprudenza *supra* citata, ma anche dall'istituto della cittadinanza³⁴

³³ Si deve evidenziare che nonostante il mutuo riconoscimento si fondi su di una logica diversa rispetto a quella sottesa al processo di armonizzazione, ciò non vuol dire che i due meccanismi siano in contrasto. Al contrario, sono complementari rispetto al raggiungimento dell'obiettivo finale: l'integrazione europea, *i.e.* il consolidamento del mercato interno. Difatti, il mutuo riconoscimento, presupponendo l'equivalenza delle normative interne, benché differenti tra loro, ammette il coordinamento delle stesse anche in assenza di un'armonizzazione minima.

³⁴ Cfr. CARCHIDI, *Contributo allo studio dell'istituto della cittadinanza nazionale ed europea*, in *Riv. della coop. Giur. int.*, 2008, p. 87 ss.; CELETTI, *La cittadinanza europea*, in *Dir. un. eur.*, 2005, p. 379 ss.; COSI, *Cittadinanza dell'Unione e cittadinanza di uno Stato membro: il caso della British Overseas Citizenship*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 664 ss.; FORNI, *Cittadinanza dell'Unione europea e condizione delle minoranze negli Stati membri*, in *Dir. un. eur.*, 2010, p. 835 ss.; LANG, *Cittadinanza*

europea che si pone a fondamento di quel mercato unico in cui è possibile esercitare le libertà fondamentali previste dal diritto UE. Analizzando lo *status* di cittadino europeo, sia con riferimento alle possibilità che potrebbero scaturire dal possesso di tale condizione giuridica (cd. dimensione esterna), sia con riferimento alle modalità di attribuzione di tale *status* (cd. dimensione interna), è possibile sostenere che la pluralità normativa è posta a fondamento del mercato unico in cui unità e pluralità non solo si intrecciano ma risultano essere funzionali l'uno verso l'altra.

Come noto, nel sistema europeo, la titolarità di alcuni diritti non è generalizzata ma è subordinata al possesso

dell'Unione, non discriminazione in base alla nazionalità e scelta del nome, in Dir. pubbl. comp. eur., 2004, p. 247 ss.; LOGROSCINO, La cittadinanza dell'Unione: la crisi dei concetti tradizionali, in Dir. un. eur., 2006, p. 407 ss.; MARGIOTTA, VONK, Doppia cittadinanza e cittadinanza duale: normative degli Stati membri e cittadinanza europea, in Dir. imm. e citt., 2010, p. 13 ss.; MONTANARI, TRIGGIANI, La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale, in Studi sull'int. eur., 2006, p. 435 ss.; MONTANARI, TRIGGIANI, I limiti europei alla disciplina nazionale della cittadinanza, in Dir. pubbl. comp. eur., 2010, p. 948 ss.; NASCIMBENE, Proposte di riforma delle norme sulla cittadinanza, in Riv. dir. int. priv. e proc., 2004, p. 555 ss.; TIZZANO, Note sulla recente giurisprudenza della Corte comunitaria, in Dir. un. eur., 2002, p. 535 ss.; TIZZANO, Alle origini della cittadinanza europea, in Dir. un. eur., 2010, p. 1031 ss.

della cittadinanza di uno dei ventisette Stati membri, ossia della cittadinanza UE. Il Trattato di Maastricht del 1992, con l'istituzione della cittadinanza dell'Unione Europea ha dato quell'impulso determinante al fine di garantire la libertà di circolazione. In particolare, nell'ambito del mercato unico, solo ai cittadini UE sono riservati i diritti di libera circolazione e soggiorno, di libera circolazione in qualità di lavoratore, nonché di stabilimento e di libera prestazione dei servizi. Proprio questo connubio tra libertà di circolazione e *status* di cittadino ha visto puntuale riconoscimento in termini di obiettivo dell'Unione e, dunque, di valore assoluto dei Trattati, non solo con il TUE³⁵, ma anche con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Se l'art. 3, par. 2 TUE ha previsto che *«l'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne in cui sia assicurata la libera circolazione ...»*, l'art. 45, par. 1 della Carta, nel postulare che *«ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio di uno Stato membro»*, ha elevato il suddetto binomio a cardine del sistema europeo. Detto ciò, è

³⁵ A seguito delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona.

importante definire a chi spetti la qualità di cittadino dell'Unione. Dalla lettura in uno dell'art. 20, par. 1, TFUE con l'art. 9 TUE non solo viene chiarito che è cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro, ma si sottolinea che la suddetta cittadinanza europea altro non è che un complemento, e quindi un *quid pluris*, di quella nazionale che a quest'ultima non può sostituirsi. Tali disposizioni, richiamando i criteri stabiliti da ciascuno Stato membro per l'attribuzione della propria cittadinanza e dal momento che la condizione giuridica di cittadino europeo non si sostituisce a quella nazionale, anzi la postulano come *condicio sine qua non* per il riconoscimento della prima, ammettono l'autonomia e l'unicità giuridica degli stessi Stati membri³⁶; dunque tutelano quella diversità normativa *supra* richiamata su cui si fonda l'istituto cardine della cittadinanza UE, quest'ultima elemento imprescindibile del mercato interno.

Alla luce di ciò, è chiaro il rapporto che lega il mercato interno con le libertà fondamentali e la cittadinanza UE, nonché i valori a questi sottesi. Se il mercato è quello spazio senza frontiere interne, teso all'unità e

³⁶ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 7 luglio 1992, causa C-369/90, *Micheletti*.

all'armonizzazione, in cui è possibile esercitare le libertà fondamentali e se l'esercizio di queste ultime è subordinato al possesso della cittadinanza europea, che riconosce, a sua volta, i diversi criteri nazionali per l'attribuzione della cittadinanza nazionale su cui si fonda quella europea, allora è chiaro che l'armonizzazione normativa dell'UE, proprio sulla base di quel richiamato principio di equipollenza giuridica, contempla, quale elemento fondante del processo di consolidamento del mercato interno, la pluralità/diversità nazionale.

2. La concorrenza tra ordinamenti giuridici UE.

Come *supra* esposto, l'Unione riconosce e presuppone le diversità normative domestiche le quali vengono accettate in virtù della loro uguaglianza funzionale. Se ciò è vero, sarà incontestabile la circostanza per cui ai soggetti europei è riconosciuta la possibilità di scegliere qualunque sistema normativo UE che, in quel particolare momento storico, sia più consono alle proprie esigenze o intenzioni.

Quanto detto trova riscontro nel fatto che il progetto di integrazione comunitaria prevedeva qualcosa di più della semplice creazione di una zona di libero scambio o unione

doganale. Sulla carta si annoverava la necessità di un'unione economica nella quale si realizzasse la libera circolazione di tutti i fattori economici, implicando il coordinamento delle politiche monetarie e fiscali, nonché l'adozione di obiettivi comuni quali l'occupazione o la crescita economica. Tale disegno, a dire il vero, aveva più ampi obiettivi: eliminando le barriere nazionali, si voleva non solo garantire la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, ma anche delle stesse norme nazionali e dei modelli giuridici su cui queste erano basate. Si è palesata, dunque, la necessità sia di costruire l'integrazione europea procedendo parallelamente su diversi livelli strettamente collegati tra loro – *i.e.* politico, tecnico, giuridico ed economico – sia, allo stesso tempo, di assicurare che la libera circolazione dei beni, dei servizi e delle persone potesse essere garantita anche per mezzo della libera circolazione dei modelli giuridici.

Proprio questa particolare fungibilità dei sistemi normativi, diversi ma equipollenti, ha spinto e spinge ogni ordinamento ad offrire ai singoli delle condizioni più vantaggiose rispetto “al vicino”, al fine di attrarre nel proprio territorio i fattori economici, potenzialmente liberi di circolare nello spazio europeo e permettere, in questo

modo, una crescita dell'economia nazionale più celere rispetto agli altri Stati membri.

Si viene a creare un particolare fenomeno di concorrenza giuridica fra ordinamenti nazionali che risponde alle esigenze di quel mercato unico che è stato e sempre sarà al centro dell'interesse delle istituzioni dell'UE. A tal proposito, il sintagma «*concorrenza fra ordinamenti*» è stato fortemente criticato in Dottrina per l'evidente contrasto ed ambiguità che si palesa nel momento in cui si accostano questi due elementi. Mentre l'espressione «*ordinamento*» contempla un sistema di regole vincolanti ed esclusive, il richiamo alla «*concorrenza*» suppone invece l'inquadramento dell'alternativa all'interno di un criterio ordinamentale diverso, che consenta agli utenti una scelta fra discipline alternative applicabili al medesimo rapporto. Tale forzatura concettuale sussiste nel momento in cui si ricollega il richiamato sintagma alla dimensione di un ordinamento giuridico nazionale. Ma nel momento in cui si supera la dimensione statale del diritto e ci si rifà ad un concetto di ordinamento di fonte statale come quello europeo, dove l'ordinamento giuridico in questione è costituito da tanti sistemi di norme quanti sono i Paesi membri dell'Unione, allora quella frizione giuridico -

concettuale viene meno. Laddove si riconosca al singolo la facoltà di scegliere le norme destinate a disciplinare le fattispecie cui vuole dare vita, questo è posto all'interno di un ordinamento che inevitabilmente assicura la scelta delle norme intese a regolare certi rapporti, ossia di ordinamenti giuridici funzionalmente equipollenti³⁷. La competizione tra ordinamenti, infatti, si pone a fondamento dello stesso mercato interno: quest'ultimo esige non solo che l'operatore economico debba essere libero di dislocarsi con la propria sede o sedi secondarie, di prestare i propri servizi o semplicemente di circolare nel Paese di cui apprezza maggiormente i benefici che gli vengono attribuiti dal relativo ordinamento, ma anche che il consumatore sia libero di scegliere il prodotto o il servizio dello Stato o nel territorio le cui regole gli rechino maggiori vantaggi³⁸.

³⁷ Sul punto cfr. LIPARI, «Concorrenza» fra ordinamenti e sistema delle fonti, in ZOPPINI, *La concorrenza fra ordinamenti giuridici*, op. cit., p. 81 ss.; FINNIS, *Revolution and Continuity of Law*, in SIMPSON (a cura di) *Oxford Essays in Jurisprudence, Second Series*, Oxford, 1973, p. 64 ss.; PASTORE, *Tradizione e diritto*, Torino, 1990, p. 205 ss.; PUGLIATTI, *Nota su continuo e discontinuo*, in Id., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 354 ss.

³⁸ Sul punto cfr. ALPA, *La concorrenza tra ordinamenti: un approccio realistico*, in ZOPPINI, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, op.cit., p. 47 ss.

Alla luce di quanto tratteggiato, è possibile individuare gli elementi caratterizzanti la concorrenza tra ordinamenti. Innanzitutto si postula la pluralità degli ordinamenti nel momento in cui sussiste un insieme di sistemi giuridici che coesistono, totalmente o parzialmente, grazie ad un insieme di regole che ne garantiscono la richiamata coesistenza³⁹.

Il secondo presupposto è che vi sia una differenza, se pur minima, tra gli ordinamenti posti a confronto, in quanto solo in tal modo il singolo è messo nelle condizioni di poter vagliare le opportunità che questi mettono a disposizione e, quindi, scegliere di conseguenza. Il terzo elemento è rappresentato dalla libertà, o facilità, di movimento dei fattori produttivi tra aree geografiche diverse e dalla diversa attrattività, per gli investitori e i residenti, delle norme e regolamentazioni vigenti in tali aree⁴⁰.

³⁹ Sul punto cfr. FREY, EICHENBERGER, FOCJ, *Competitive governments for Europe*, in *Int. rev. of law and econ.*, 1996, p. 315 ss.; IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, 2001, p. 3 ss.; TORCHIA, *Concorrenza fra ordinamenti e diritto amministrativo nell'ordinamento europeo*, in ZOPPINI, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, op. cit., p. 190 ss.

⁴⁰ Sul punto cfr. GATSIOS, HOLMES, *Regulatory competition*, in NEWMAN, *The new Palgrave dictionary of economics and the law*,

I suddetti elementi, così come prospettati, sembrano sussistere all'interno dell'Unione la quale si configura come uno spazio giuridico - economico integrato, composto da una pluralità di ordinamenti nazionali che coesistono sulla base di un sottile equilibrio tra unità e diversità⁴¹. Sebbene l'ordinamento europeo si sia palesato sempre come un *corpus iuris* unitario, allo stesso tempo, però, non ha mai preteso di realizzare una *reductio ad unum* in quanto la pluralità di popoli e di Stati su cui esso si fonda non permettono tale processo. Tale circostanza fa sì che l'Unione si basi sulla convivenza tra ordinamenti, la quale è garantita e sostenuta da una serie di strumenti, quali il mutuo riconoscimento e l'armonizzazione, che altro non fanno che mettere in continuo contatto e a confronto gli ordinamenti nazionali UE, senza, però, annullare le differenze tra le legislazioni e, quindi, l'elemento fondante della concorrenza tra modelli giuridici.

Quanto detto ha trovato la sua consacrazione anche sul piano giurisprudenziale.

London-New York, Macmillan Reference Ltd – Stockton Press, 1998, p. 271 ss.

⁴¹ Sul punto cfr. GRUNDMANN, *The structure of European Company Law: From Crisis to Boom*, in *Eur. bus. org.rev.*, 2004, p. 601 ss.

Nella sentenza *Centros*⁴², si è affermato che in mancanza di armonizzazione deve essere dato libero gioco alla concorrenza tra ordinamenti giuridici in quanto solo in tal modo può essere garantita la libera iniziativa economica dei singoli operatori. Accertato che l'Unione Europea si presenta come un ordinamento integrato nel quale coesistono realtà giuridiche nazionali differenti tra loro, è inevitabile che i soggetti abbiano la facoltà di individuare e dunque di scegliere uno Stato membro le cui norme siano meno severe ovvero più appetibili rispetto a quelle del sistema normativo di origine. Se, alla luce delle differenze tra sistemi giuridici interni, l'operatore è libero di estrinsecare il proprio io economico nel Paese in cui apprezza maggiormente l'ordinamento per i benefici che gli reca, gli ordinamenti sono posti in competizione tra loro al fine di favorire l'uso del proprio diritto all'interno del mercato europeo⁴³.

Sulla base del richiamato passaggio, sembrerebbe, però, che la concorrenza fra gli ordinamenti possa sussistere solo quando sia assente l'armonizzazione di quel particolare

⁴² Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros*.

⁴³ Sul punto cfr. EHLERMANN, *Compétition entre systèmes réglementaires*, in *Rev. mar. comm. un. eur.*, 1995, p. 220 ss.

settore in cui si opera, quasi a voler dire che dove c'è armonizzazione non c'è concorrenza e dove c'è concorrenza non c'è armonizzazione. Tale conclusione non risulta condivisibile in quanto, sostenendo questa “equazione giuridica”, si negherebbe l'esistenza della stessa Unione, poiché quest'ultima si fonda contestualmente sia sulla pluralità nazionale che sull'armonizzazione delle legislazioni statali. È opportuno precisare che la concorrenza tra sistemi giuridici non viene meno quando il processo di armonizzazione si manifesta in modo invasivo. Sebbene parte della Dottrina⁴⁴ abbia affermato che nei settori di maggior produzione legislativa siano state annullate le differenze giuridiche nazionali, rendendo impraticabile il percorso della competizione degli ordinamenti, non si può trascurare che i settori dove il legislatore comunitario ha ampiamente legiferato⁴⁵ (*i.e.* farmaceutico, alimentare, della componentistica dei mezzi

⁴⁴ Sul punto cfr. NICOLUSSI, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, in PLAIA (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Milano, 2007, p. 1 ss.; WOLFF, *The Commission's Programme for Company Law Harmonization: The Winding Road to an Uniform European Company Law*, in ADENAS, KEYON, SLADE, *E.C. financial Market Regulation and Company Law*, Londra, 1993, p. 19 ss.

⁴⁵ Sul punto cfr. GNES, *La scelta del diritto*, op. cit., p. 123 ss.

di locomozione e societario) si è comunque lasciato spazio, se pur minimo, alla competenza statale. In specie, intervenendo in tal senso, si è dato vita a quel *minimum* di disuguaglianza che ha permesso agli ordinamenti nazionali di entrare in concorrenza tra loro e, quindi, di offrire soluzioni diverse per lo stesso settore, lasciando al singolo facoltà di scelta.

Inoltre, non è possibile sostenere⁴⁶ che la concorrenza normativa sia un fenomeno meramente transitorio e destinato a morire nel momento in cui verrà realizzato un processo di normazione cd. perfetto all'interno dell'Unione. Ciò difficilmente potrà accadere. In primo luogo, il sistema europeo si è sempre sviluppato nella tensione tra unità e pluralità e il suo fine ultimo non è mai stato quello di “appiattare” il panorama giuridico all'interno dello spazio europeo. Anzi, è stato proprio quello di alimentare le diversità locali al fine di garantire ai soggetti UE una molteplicità di soluzioni da adottare in un sistema armonizzato. In secondo luogo, sembra veramente difficile concepire la concorrenza tra ordinamenti come

⁴⁶ Sul punto cfr. NICOLUSSI, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, op. cit., p. 29 ss.; ZOPPINI, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, op. cit., p. 21 ss.

una “stella cometa”, in quanto, in ottemperanza ai principi di sussidiarietà e proporzionalità, l’intervento del legislatore UE è previsto in termini residuali rispetto a quello degli Stati membri, lasciando, quindi, ampio spazio ai legislatori nazionali che potranno e dovranno intervenire per far fronte alle esigenze interne, sempre in un’ottica di armonizzazione europea.

Proprio da questi elementi si evince che armonizzazione e concorrenza non si escludono vicendevolmente, ma sono legati da un rapporto di proporzionalità diretta: quanto più cresce una, l’altra tende a diminuire, senza però che si verifichi la totale soppressione di un elemento per l’altro. Anzi, a voler definire meglio il rapporto, l’armonizzazione è il confine entro cui la concorrenza può svilupparsi, senza oltrepassare i limiti dalla prima imposti. E questi ultimi saranno più labili nei settori di minor intervento legislativo mentre saranno più marcati in quelle materie maggiormente incise dalle scelte adottate a Bruxelles. Se ciò è vero, è innegabile che la concorrenza tra ordinamenti estrinseca le sue potenzialità proprio grazie all’armonizzazione minima. Lasciando spazio ai legislatori nazionali si prospetterà una varietà di soluzioni che il

soggetto privato potrà adottare per soddisfare le proprie esigenze.

3. *La facoltà di scelta fra i diversi sistemi normativi come essenza intrinseca dell'ordinamento UE.*

Dalla concorrenza tra gli ordinamenti giuridici nell'ambito dell'Unione Europea, discende una prima conseguenza: il diritto di scelta dell'ordinamento nazionale. Con tale espressione s'intende la possibilità offerta al singolo di poter utilizzare le norme di un altro sistema giuridico nazionale - facente parte dello spazio europeo - in alternativa alle disposizioni dell'ordinamento di appartenenza che potrebbero disciplinare la medesima fattispecie. Con la nascita del diritto, comunitario prima ed europeo poi, e con la creazione di uno spazio giuridico - economico comune, scevro da barriere ed ostacoli, è stato superato il paradigma del diritto come dato, nel senso di *ius positum*, e si è passati al diritto come scelta, in termini di *ius inventum*⁴⁷. Il punto di vista del sistema europeo è ben diverso da quello proprio di un ordinamento nazionale.

⁴⁷ Sul punto cfr. CASSESE, *Che tipo di potere pubblico è l'Unione europea?*, in *Quad. fior.*, 2002, p. 77 ss.

Quando un soggetto opera in un sistema di norme chiuso, come quello di uno Stato, la fattispecie posta in essere sarà disciplinata, a seconda dei casi, da una o più disposizioni che caratterizzano un determinato ambito giuridico di quell'ordinamento. Sebbene sia possibile sfruttare, come molto spesso accade, lacune o falle del sistema e, dunque, ottenere piccoli benefici frutto di sviste normative da parte del legislatore nazionale, non è ammesso scegliere disposizioni diverse o alternative rispetto a quella contemplata dall'ordinamento per quella situazione di fatto che è stata integrata. Diversamente, quando si passa sul piano europeo, la prospettiva cambia radicalmente. Non si tratta più di applicare a quella peculiare fattispecie la correlata disposizione normativa prevista dal legislatore. Si tratta, invece, di poter scegliere un sistema giuridico tra tutti quelli disponibili all'interno dell'Unione e, una volta scelto, di poter individuare puntualmente la disposizione che più si adagia al caso concreto. La possibilità di scelta è duplice. Non solo si è nelle condizioni di optare per un sistema di norme differente da quello di origine, ma addirittura, di decidere quale norma dell'ordinamento così scelto applicare. Tale conseguenza è il frutto di quell'equivalenza funzionale che caratterizza i diritti

nazionali all'interno dell'UE, i quali, ponendosi alla stregua di una *res* che può soddisfare o meno l'interesse di un soggetto, possono essere oggetto di scelta senza alcun tipo di limite giuridico o territoriale. Dunque, la possibilità di esprimere e manifestare la propria preferenza in termini di ordinamento giuridico è un elemento caratterizzante il diritto dell'Unione Europea; in assenza di tale condizione, le libertà fondamentali non avrebbero ragione di esistere perché non esisterebbe quello spazio senza frontiere chiamato «*mercato interno*» entro cui impiegarle. Difatti, qualora il soggetto, persona fisica e giuridica che sia, non fosse messo nelle condizioni di optare per una valida alternativa rispetto al suo Stato di appartenenza, allora vorrebbe dire negare l'esistenza del sistema europeo.

4. La scelta dell'ordinamento più favorevole.

La conseguenza inevitabile del diritto di scelta è che i singoli individui impieghino a proprio vantaggio le diversità giuridiche nazionali che l'ordinamento UE riconosce. In tal modo ciascun individuo può scegliere la legislazione più idonea al proprio scopo.

Un soggetto non è vincolato alla disciplina del proprio Stato, ma anzi, in virtù di quella richiamata equipollenza funzionale tra ordinamenti, nonché dell'esistenza di uno spazio giuridico europeo caratterizzato dalla circolazione dei modelli giuridici, può liberamente scegliere il Paese che garantisce maggiori vantaggi rispetto a quello di appartenenza.

Molteplici esempi normativi confermano questa riflessione.

Primo fra tutti è, inevitabilmente, la cd. dimensione esterna della cittadinanza UE, ossia quel diritto «*di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*» riconosciuto ai cittadini dell'Unione (art. 21 TFUE). Il suddetto inciso, richiamando palesemente un'implicazione immediatamente tangibile dell'attribuzione della cittadinanza europea, postula la particolare condizione del singolo che, una volta riconosciuto tale *status*, è libero di scegliere dove recarsi e dove stabilirsi, in quanto circolare e soggiornare nello Stato di destinazione assume la stessa valenza di circolare e soggiornare nello Stato di origine. Precipitato di tale principio è la libera circolazione dei lavoratori, così come disciplinata dall'art. 45 TFUE. La lettera della disposizione *de qua* prevede al primo comma,

in via generale, solo la possibilità di circolare liberamente all'interno dell'Unione. Questa, però, deve essere letta in uno con la disciplina contenuta nel comma terzo che, nell'elencare una serie di diritti che spettano al lavoratore, annovera il diritto non solo «*di rispondere alle offerte di lavoro effettive ma anche quello di spostarsi liberamente a tal fine nel territorio degli Stati membri*». Come è possibile notare dalla siffatta disciplina normativa, al lavoratore o alla persona che sta cercando impiego, si attribuisce la facoltà di rispondere a proposte lavorative che siano effettive, dove per effettive si deve necessariamente intendere non solo quelle concrete e reali, ma soprattutto quelle vantaggiose per se stessi. E per garantire ciò si attribuisce la possibilità di circolare liberamente nello spazio comune, o meglio di individuare quel Paese in cui le condizioni lavorative sono più vantaggiose rispetto allo Stato di appartenenza. Ciò si ricava, *in primis*, dagli stessi scopi della Comunità, ora Unione, così come ben delineati nell'art. 2 del TCE. Quando tra gli obiettivi si annovera anche quello di garantire «*il miglioramento del tenore e della qualità della vita*» all'interno della Comunità, questo non può prescindere dalla possibilità di ricercare e trovare

un'offerta di lavoro più vantaggiosa per il proprio essere, perché solo attraverso l'attività lavorativa e, quindi il sostentamento economico, è possibile migliorare la qualità della vita stessa; e quindi non si può negare al singolo il diritto di scegliere l'ordinamento nazionale che può garantire il raggiungimento di tal fine, in linea con gli obiettivi ultimi dell'Unione. Quanto detto trova conferma anche nelle stesse parole della Corte di Giustizia⁴⁸ che, nello spiegare l'inciso "offerte di lavoro effettive", ha affermato che, alla luce dell'articolo 45, comma terzo TFUE, ai cittadini degli Stati membri spetta il diritto di circolare liberamente sul territorio degli altri Stati per prendervi dimora al fine di cercare un lavoro, *id est* di scegliere il Paese che può offrire offerte lavorative più vantaggiose per la propria situazione personale.

Analogo discorso può essere fatto in tema di libertà di stabilimento. I Trattati riconoscono al singolo la possibilità di esercitare un'attività autonoma di carattere economico in uno Stato membro nel quale egli non era stabilito precedentemente. Dal combinato disposto del primo e del

⁴⁸ Cfr., *ex plurimis*, Corte di Giustizia, sentenza 26 febbraio 1991, causa C-292/89, *Antonissen*; sentenza 20 febbraio 1997, causa C-344/95, *Commissione c. Belgio*.

secondo comma dell'articolo 49 TFUE è possibile cogliere l'essenza del diritto di stabilimento primario, ossia quella opportunità di scelta che si pone a fondamento di tale libertà. Il TFUE, nel prevedere che *«le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato sono vietate»* (art. 49, primo comma), e che *«la libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché alla costituzione e la gestione di imprese alle condizioni stabilite dalla legislazione del Paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini»* (art. 49, secondo comma), riconosce al cittadino UE il diritto di scegliere uno Stato diverso da quello di origine per esercitare delle attività autonome, vietando allo Stato membro di stabilimento di imporre ai cittadini di altri Stati membri che intendono stabilirsi nel proprio territorio condizioni diverse da quelle applicate ai propri cittadini⁴⁹.

⁴⁹ In tal caso si parla del cd. principio del trattamento nazionale. Si sottolinea che la violazione di tale principio può essere integrata in presenza di disposizioni che, sebbene consentano lo svolgimento di attività autonome da parte di cittadini di altri Stati membri, assoggettano costoro a condizioni diverse e meno favorevoli rispetto a quelle dei cittadini nazionali (cd. discriminazione diretta o palese. In tal senso cfr. Corte di Giustizia, sentenza 14 gennaio 1988, causa C-63/86, *Commissione c. Italia*; sentenza 18 giugno

Ciò risponde alla logica sottesa a tale libertà, ossia quella di mettere un qualunque soggetto UE nelle condizioni di esercitare, in maniera stabile e continuativa, un'attività professionale in un altro Stato membro che reputa maggiormente adeguato alle proprie necessità di impresa o di attività. Quanto detto trova conferma, *a fortiori*, nel momento in cui alla libertà di stabilimento primario si aggiunge il diritto di stabilimento secondario: in tal modo si consente al soggetto stabilito in uno Stato UE di aprire e di gestire, in altro Paese membro, un secondo centro d'attività, *i.e.* agenzia, succursali e filiali, senza dover

1985, causa C-197/84, *Steinhauser*; sentenza 30 maggio 1989, causa C-305/87, *Commissione c. Grecia*; sentenza 8 luglio 1999, causa C-203/98, *Commissione c. Belgio*). Il suddetto principio si può ritenere violato anche nel caso della cd. discriminazione indiretta od occulta, che si rileva quando la legislazione di uno Stato membro, pur applicandosi in base a criteri indipendenti dalla nazionalità, discrimini di fatto i cittadini di altri Stati membri, in quanto per questi ultimi risulta più arduo soddisfare i requisiti di applicazione della norma che non per i cittadini nazionali (in tal senso cfr. Corte di Giustizia, sentenza 17 novembre 1992, causa C-279/89, *Commissione c. Regno Unito*; sentenza 10 marzo 1993, causa C-111/91, *Commissione c. Lussemburgo*). Infine, il principio del trattamento nazionale è violato quando una norma interna risulta applicabile tanto ai cittadini nazionali quanto a quelli di altri Stati membri e questi ultimi, proprio perché trattati alla stregua dei primi, sono di fatto sfavoriti (cd. discriminazione materiale. In tal senso cfr. Corte di Giustizia, sentenza 9 marzo 2000, causa C-355/98, *Commissione c. Belgio*; sentenza 30 marzo 2006, causa C-451/03, *Servizi ausiliari Dottori Commercialisti*).

rinunciare allo stabilimento nel primo Stato (art. 49, primo comma, seconda frase). In specie, attribuendo ad un soggetto già stabilito il cd. diritto di apertura di una filiale, si riconosce a quest'ultimo assoluta libertà nell'individuare lo Stato nel quale insediarsi con la propria attività, potendo dunque sfruttare quanto di più vantaggioso un altro sistema nazionale ha da offrire. A tal riguardo, anche la Corte di Giustizia ha postulato il diritto di scelta dell'ordinamento nazionale più favorevole come elemento intrinseco alla libertà di stabilimento, ossia all'intero sistema europeo⁵⁰⁵¹.

⁵⁰ In tal senso cfr. Corte di Giustizia, sentenza 10 luglio 1986, causa C-79/85, *Segers*. Nel caso di specie la Corte stabilisce la natura discriminatoria della decisione dell'Olanda di escludere da uno schema di assicurazione sociale il sig. Segers, cittadino olandese, direttore di una società a responsabilità limitata costituita nel Regno Unito, la quale aveva stabilito una filiale in Olanda. La difesa dello Stato olandese, che aveva rifiutato l'applicazione delle norme di protezione sociale, era basata sull'argomento che la società fosse stata costituita sulla base della legislazione britannica al fine di eludere la normativa sociale olandese: infatti, nel Regno Unito la società aveva registrato solo il suo ufficio ma non svolgeva alcuna attività la quale, invece, si estrinsecava in Olanda. La Corte, accogliendo il ricorso del Sig. Segers, stabilisce che le discriminazioni in materia di assicurazione sociale dirette nei confronti degli impiegati restringono indirettamente la libertà di stabilimento secondaria della società. Inoltre, con riferimento al caso di specie, aggiunge che la discriminazione non è giustificata dall'esigenza di combattere una frode perché il rifiuto di concedere benefici sociali non rappresenta un mezzo idoneo a combattere le frodi. Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 9 marzo 1999, causa C-

212/97, *Centros*. La Corte, in merito alla possibilità di esercitare l'attività economica esclusivamente nello Stato di costituzione della succursale e non in quello della casa madre, sottolinea che «gli artt. 52 e 58 del Trattato ostano a che uno Stato membro rifiuti la registrazione di una succursale di una società costituita in conformità alla legislazione di un altro Stato membro nel quale essa ha la sede senza svolgervi attività commerciali, quando la succursale ha lo scopo di consentire alla società di cui si tratta di svolgere l'intera sua attività nello Stato membro nel quale la stessa succursale verrà istituita, evitando di costituirvi una società ed eludendo in tal modo l'applicazione di norme, relative alla costituzione delle società, più severe in materia di liberazione di un capitale sociale minimo. Infatti, essendo il diritto di costituire una società in conformità alla normativa di uno Stato membro e di creare succursali in altri Stati membri inerenti all'esercizio, nell'ambito di un mercato unico, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato, 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 sembrano meno severe e crei succursali in altri Stati membri non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento». Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 30 settembre 2002, causa C-167/01, *Inspire Act*. È un caso analogo alla fattispecie contemplata nel caso *Centros*, in relazione, quindi alla possibilità di poter esercitare la propria attività economica nel Paese d' insediamento della succursale e non in quello di stabilimento primario. La Corte accoglie il ricorso presentato dalla società affermando come non costituisce comportamento contrario alla libertà di stabilimento scegliere un ordinamento che sia meno severo in termini di capitale sociale minimo e responsabilità degli amministratori. Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Scheppees*.

⁵¹ Per un commento alle richiamate sentenze cfr. BEHERENS, *Centros and the Proper Law of Companies*, in FERRARINI, HOPT, WYEMMERSCH, *Capital Markets in the Age of the Euro*, The Hague, 2002, p. 503 ss.; CARRUTHERS, VILLIERS, *Company Law in Europe – Condoning the Continental Drift?*, in *Eur. bus. law rev.*, 2000, p. 91 ss.; WYMEERSCH, *Centros: A Landmark decision in*

Degno di nota è quanto stato sostenuto sia dall'Avvocato generale che dal Giudice europeo nell'ambito della sentenza *Cadbury Schweppes*. La decisione della Corte origina dalla circostanza per cui la società in questione, con sede nel Regno Unito, aveva costituito due società controllate in Irlanda. Il giudice nazionale remittente, convinto che tale schema societario fosse giustificato dalle grandi agevolazioni fiscali – sia per le imposte dirette che indirette – di cui la casa madre avrebbe goduto per il tramite delle sue partecipate, ha chiesto se tale *modus operandi* poteva integrare una pratica abusiva, e dunque se quelle scelte societarie si ponevano in contrasto con il fine

European Company Law, in BAUMS, HOPT, HORN (a cura di), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law. Liber Amicorum Richard M. Buxbaum*, London, 2000, p. 629 ss. Per quanto riguarda la Dottrina italiana cfr. BENEDELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2001, p. 569 ss.; FORTUNATO (nota di), in *il Foro it.*, 2000, p. 318 ss.; GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso Centros*, op. cit., p. 71 ss.; MECHELLI, *Libertà di stabilimento per le società comunitarie e diritto societario dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, p. 83 ss.; MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2000, p. 559 ss.; PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra ordinamenti? Riflessioni sul «caso Centros»*, in *Riv. dir. soc.*, 2001, p. 1293 ss.; WEIGMANN (nota di), in *Giur. it.*, 2000, p. 767 ss.

ultimo della libertà di stabilimento. Sul punto la Corte stabilisce che la possibilità di aprirsi a nuovi mercati, attraverso il radicamento in questi con succursali, filiali o agenzie è una libertà pienamente riconosciuta ai cittadini dell'Unione e che tale diritto non può essere in alcun modo limitato in virtù dei motivi sottesi all'azione, anche se la scelta dell'ordinamento in cui esercitare tale facoltà riconosce un regime fiscale più favorevole rispetto a quello dello Stato di appartenenza.

Medesime considerazioni possono essere formulate anche per la libera circolazione dei servizi. Sebbene questa libertà si differenzi da quella di stabilimento in maniera sostanziale - in quanto non implica la possibilità per un cittadino europeo di partecipare in maniera stabile e continuativa alla vita economica di uno Stato diverso dal proprio ma solo quello di esercitare ivi la propria attività in via temporanea⁵² - il Trattato riconosce un intrinseco e

⁵² Sul punto cfr. Corte di Giustizia, sentenza 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*. Secondo la Corte il carattere temporaneo delle attività considerate deve essere valutato non soltanto in rapporto alla durata della prestazione, ma anche tenendo conto della frequenza, periodicità o continuità di questa. E ancora, Corte di Giustizia, sentenza 13 febbraio 2003, causa C-131/01, *Commissione c. Italia*, secondo cui il criterio decisivo ai fini dell'applicazione del capitolo del Trattato relativo ai servizi ad

particolare diritto alla scelta dell'ordinamento nazionale e, quindi, si presume, quello più favorevole per la propria attività. L'art. 57 del TFUE, oltre a definire che cosa si debba intendere per servizio e ad elencare quali attività sono ricomprese nella suddetta nozione, stabilisce che il prestatore, per l'esecuzione della sua prestazione, è libero («può») di stabilirsi, a titolo temporaneo, nello Stato membro ove la prestazione è fornita. È palese quindi che il prestatore potrà scegliere dove stabilirsi temporaneamente per porre in essere la prestazione e, così facendo, cercare di sfruttare i benefici che può ricavare da un ordinamento nazionale piuttosto che da un altro.

Da siffatte argomentazioni emerge che il diritto di scelta dell'ordinamento più favorevole altro non è che un elemento costitutivo della libertà di circolazione, sia essa dei lavoratori, che di stabilimento o dei servizi nonché della stessa cittadinanza UE che si pone a fondamento di siffatta libertà. È l'inevitabile conseguenza del processo di realizzazione del mercato unico che, nel considerare equivalenti gli ordinamenti degli Stati membri, ammette e

un'attività è l'assenza di carattere stabile e continuativo della partecipazione dell'interessato alla vita economica dello Stato membro ospitante. Nello stesso senso cfr. Corte di Giustizia, sentenza 11 dicembre 2003, causa C-215/01, *Schnitzer*.

tutela il diritto dei soggetti di preferire un sistema di norme rispetto ad un altro in quanto tra questi non sussiste alcun tipo di differenza sostanziale. Il diritto di scelta altro non è che l'espressione massima di quella peculiare *ratio* liberalizzatrice che ha sempre contraddistinto le libertà fondamentali in seno all'Unione le quali non potrebbero essere definite in tal senso se non fossero corredate dalla possibilità attribuita al singolo di esprimersi liberamente attraverso la scelta dell'ordinamento più adeguato e favorevole al proprio modello di vita, sempre nel rispetto degli obiettivi e dei limiti posti dal Trattato. È proprio la nozione di circolazione che postula il diritto di scelta. "Circolare" indica l'azione del singolo che si muove liberamente in uno spazio circoscritto al fine di raggiungere un obiettivo legittimo e tale attività sussiste solo se alla base di quest'ultima si postula la libertà di scegliere il luogo o l'obiettivo da raggiungere. Se così non fosse, non si potrebbe parlare di libertà o diritto di circolazione poiché verrebbe a mancare il presupposto giuridico su cui questa si fonda, *i.e.* la scelta. Ora, dal momento che il diritto di preferenza si pone a fondamento del mercato interno e, dunque, delle libertà fondamentali, è necessario altresì capire quale sia l'esatta portata di tale

“valore”, al fine di comprenderne i limiti che lo caratterizzano.

5. I limiti positivi alla scelta dell'ordinamento più favorevole.

L'esigenza di individuare i confini del diritto di scelta nasce sull'assunto che i soggetti, o meglio, i protagonisti dell'ordinamento UE, non sono solo i singoli individui ma anche gli Stati, in assenza dei quali l'Unione Europea non avrebbe ragione di esistere. Sebbene questi ultimi, limitando la propria sovranità e quindi riconoscendo il diritto europeo, ottemperino agli obblighi ed assicurino le posizioni giuridiche di origine sovranazionale, allo stesso tempo, però, sono portatori di interessi nazionali, che non possono essere trascurati.

Se ciò è vero, il diritto di scelta dell'ordinamento nazionale non può essere valutato solo nell'ottica dei singoli che “circolano” nell'Unione. Anche la dimensione statale deve essere presa in considerazione poiché il richiamato diritto si estrinseca in quello spazio europeo chiamato «*mercato interno*» costituito dai territori dei ventisette Stati membri. Nel momento in cui un individuo

esercita, attraverso le libertà fondamentali, la facoltà di scegliere l'ordinamento a lui più favorevole, non coincidente con quello di origine, per quest'ultimo si integrerà una situazione di sottrazione dell'individuo alla propria sovranità. Per lo Stato di appartenenza, il diritto di scelta del singolo consiste dunque nella sottrazione alla propria regolamentazione interna, Stato che risulta inerme a tale fenomeno frutto dell'instaurazione del mercato interno e della libera circolazione che caratterizza lo spazio europeo, nonché di quel granitico orientamento giurisprudenziale secondo cui gli ordinamenti nazionali, seppur diversi, sono sostanzialmente equipollenti.

Quanto detto deve essere valutato, però, alla luce della circostanza che la libertà di circolazione, e quindi il diritto di scelta a questa sottesa, non sono assoluti. Il sistema europeo, a livello primario, prevede sostanziali limitazioni da poter opporre qualora il comportamento del singolo risulti potenzialmente idoneo a ledere l'ordinamento nazionale. Ecco che si prospetta la possibilità di comprimere una libertà sovranazionale attraverso un bisogno nazionale, purché questo trovi ragion di esistere grazie ad una disposizione europea. Il riferimento non può che riguardare il potere riconosciuto agli Stati membri di

adottare misure nazionali volte a restringere le libertà fondamentali per ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica. Nel momento in cui si ritenga che una di queste tre situazioni sia stata integrata, la possibilità del singolo di circolare, e dunque di poter liberamente scegliere il sistema normativo più favorevole, è chiaramente limitata. Se la scelta del singolo si dovesse palesare in un pregiudizio concreto dei richiamati parametri nazionali, lo Stato sarebbe legittimato a limitare tale libertà, potendo riconoscere al dettato normativo interno la piena supremazia su quello europeo⁵³. A tutela

⁵³ È opportuno sottolineare che il riferimento alle tre “clausole di salvaguardia” riguarda la libertà di circolazione dei lavoratori, di stabilimento, dei servizi, nonché quella dei capitali e dei pagamenti. Ciò si ricava dalla lettura delle disposizioni del TFUE. L’art. 45, comma terzo, avente ad oggetto la libera circolazione dei lavoratori esordisce con l’*incipit* «Fatte salve le limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica». Allo stesso modo, per la libertà di stabilimento, ai sensi dell’art. 52, comma primo, si prevede che «le prescrizioni del presente capo e le misure adottate in virtù di queste ultime lasciano impregiudicata l’applicabilità delle 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». Tale ultima disposizione è ripresa *tout court* nelle disposizioni relative alla libera circolazione dei servizi, attraverso una norma di rimando (art. 62) che stabilisce che «Le disposizioni degli art. da 51 a 54 inclusi sono applicabili alla materia regolata dal presente capo». Infine, l’art. 65, comma primo, n. 2, relativo al capo della libera

della coerenza nazionale, oltre alle menzionate disposizioni, si pongono anche quelle misure interne che, sebbene apparentemente discriminatorie, si ergono a tutela di esigenze imperative connesse ad un interesse generale, purché proporzionali allo scopo previsto. Tali provvedimenti, efficaci soprattutto in tema di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi⁵⁴, affinché

circolazione dei capitali e pagamenti, ammette restrizioni da parte del diritto nazionale qualora le misure sia giustificate da «motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza».

⁵⁴ Cfr., per la libera circolazione dei servizi, Corte di Giustizia sentenza 5 giugno 1997, causa C-398/95, *Syndesmos*, avente ad oggetto la legislazione greca che imponeva alle agenzie turistiche di utilizzare soltanto guide dipendenti, escludendo la possibilità di ricorrere a guide indipendenti; sentenza 9 luglio 1997, cause riunite C-34/95, C-35/95, C-36/95, *De Agostini*, relativa alla normativa svedese che vietava determinate forme di pubblicità televisiva; sentenze 21 ottobre 1999, causa C-67/98, *Zenatti* e 6 novembre 2003, causa C-232/01, *Gambelli*, relative alla legislazione italiana che riservava l'organizzazione di giochi d'azzardo e scommesse su eventi sportivi a determinati enti; sentenza 25 ottobre 2001, cause riunite C-49/98, C-50/98, da C-52/98 a C-54/98 e da C-68/98 a C-71/98, *Finalarte*, relativa alla legislazione tedesca che imponeva ad imprese edili stabilite in un altro Stato membro di applicare anche ai lavoratori impiegati in lavori svolti in territori tedesco le norme ivi vigenti in materia di ferie pagate. Per la libertà di stabilimento cfr. Corte di Giustizia, sentenza 31 marzo 1993, causa C-19/92, *Kraus*, relativa alla legislazione tedesca che sottoponeva ad autorizzazione la possibilità di utilizzare diplomi di specializzazione rilasciati da università straniera e, più recentemente, sentenza 1° febbraio 2011, causa C-108/96, *Mac Queen*, sulla riserva in favore degli oftalmici diplomati del diritto di effettuare particolari esami della vista e, sentenza 11 luglio 2002,

siano riconosciuti dall'ordinamento UE e, quindi, ammessi, devono *i)* applicarsi in modo non discriminatorio; *ii)* essere giustificati da motivi di interesse generale; *iii)* essere idonei a garantire quanto necessario per il conseguimento dello scopo perseguito; *iv)* non devono però andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di quanto prefissato. Tuttavia, è importante sottolineare che le richiamate misure hanno una portata di applicazione limitata. Sebbene il principio di libera circolazione, proprio in virtù del ruolo centrale che occupa nell'economia complessiva del sistema europeo, abbia avuto una lettura molto ampia, al contrario, le competenze mantenute degli Stati membri, pure in ambiti di natura tipicamente statale quale l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità, sono sempre state interpretate ed applicate in maniera rigorosa e restrittiva⁵⁵.

causa C-294/00, *Grabner*, relativa alla riserva a favore dei medici delle attività di Heilpraktiker. E ancora, sentenza 17 ottobre 2002, causa C-79/01, *Payroll*, relativa alla riserva a favore dei consulenti del lavoro di alcune attività in materia di paghe; sentenza 5 ottobre 2004, causa C-442/02, *Caixa Bank*, sul divieto di remunerare i conto correnti bancari.

⁵⁵ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 9 novembre 2000, causa C-357/98, *Yiandom*; sentenza 28 ottobre 1975, causa C-36/75, *Rutili*; sentenza 4 dicembre 1974, causa C-41/74, *Van Duyn*; sentenza 19

A tal proposito, la giurisprudenza⁵⁶ ha, in particolar modo, precisato i limiti che gli Stati membri devono rispettare nella definizione delle richiamate esigenze nazionali sottese alle deroghe *de quibus*. Anzitutto, l'applicazione della misura restrittiva non può avere finalità economiche, o comunque non connesse alle esigenze di ordine pubblico normalmente riconosciute in una società democratica⁵⁷. A ciò si aggiunga che le esigenze restrittive poste a fondamento di provvedimenti nazionali limitativi delle libertà fondamentali non devono necessariamente avere la stessa portata territoriale del diritto che si limita e, più in generale, devono essere apprezzate tenendo sempre conto del principio di proporzionalità secondo cui è possibile

gennaio 1999, causa C-348/96, *Calfa*; sentenza 29 aprile 2004, causa riunite da C-482 e 493/01, *Orfanopoulos*.

⁵⁶ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 4 dicembre 1974, *Van Duyn*, op. cit.; sentenza 27 ottobre 1977, causa C-30/77, *Bouchereau*; sentenza 18 maggio 1982, cause riunite C-115 e 116/81, *Adoui*; sentenza 17 giugno 1997, cause riunite C-65/95 e C-111/95, *Shingara*; sentenza 5 marzo 1980, causa C-98/79, *Pecastaing*; sentenza 22 maggio 1980, causa C-131/79, *Santillo*.

⁵⁷ È escluso che si possano invocare motivi di ordine pubblico quando lo scopo della misura è di limitare i diritti sindacali, ovvero impedirne l'esercizio. Allo stesso modo è esclusa la legittimità di provvedimenti fondati sull'ordine pubblico quando riguardino un'attività o un comportamento che, se imputabile ad un cittadino dello Stato ospite, non è oggetto di misure repressive o altri provvedimenti concreti ed effettivi volti a reprimerlo.

limitare solo quanto è necessario per il raggiungimento dello scopo⁵⁸.

Similari argomentazioni valgono anche per le restrizioni giustificate da esigenze imperative. Partendo dal presupposto che la categoria dei motivi imperativi di interesse pubblico deve essere interpretata in modo rigoroso e restrittivo, si deve sottolineare che qualora l'interesse in questione sia tutelato dalle norme cui il soggetto europeo è già soggetto nello Stato membro in cui è stabilito o appartiene, non potranno essere predisposte misure nazionali in tal senso poiché le garanzie fornite dallo Stato di origine annullano le eccezioni dello Stato in cui il soggetto si stabilisce o esercita (temporaneamente) la propria attività.

Le richiamate eccezioni presentano un ambito di applicazione molto limitato e ben circoscritto.

⁵⁸ In tal senso, significativa è la sentenza 7 maggio 1986, causa C-131/85, *Gül*, in cui, con riferimento al principio di proporzionalità e ai motivi di pubblica sanità, la Corte di Giustizia ha stabilito che la facoltà degli Stati membri di limitare la libera circolazione delle persone per motivi di pubblica sanità non ha lo scopo di sottrarre un settore economico all'applicazione delle libertà fondamentali, ma di rendere possibile il rifiuto dell'accesso o del soggiorno nel territorio a persone il cui accesso costituirebbe un pericolo per la pubblica sanità.

6. *Il limite “di non avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario”.*

La preoccupazione che il diritto dell'Unione Europea potesse essere utilizzato oltre quanto consentito, ovvero costituire una legittima base giuridica per giustificare l'impropria sottrazione di un soggetto europeo dal proprio Stato di appartenenza, ha spinto i Giudici della Corte di Giustizia ad enucleare l'inciso secondo cui non è possibile utilizzare «*abusivamente o fraudolentemente il diritto comunitario*».

A detta di chi scrive, tale inciso deve essere giustificato alla luce di quella esigenza di individuare una clausola generale idonea a colmare le possibili lacune di un sistema particolarmente complesso come quello europeo. Stante il limitato ambito di applicazione delle misure interne volte a tutelare i sistemi giuridici nazionali, la Corte di Giustizia, con il richiamato inciso, ha voluto “creare” uno strumento in grado non solo di preservare la coerenza del sistema europeo da possibili usi impropri dello stesso, ma anche di evitare che attraverso questo, si dessero vita a fenomeni di elusione o frode della disciplina nazionale.

L'abuso è stato individuato ogni qual volta i singoli abbiano utilizzato i diritti di matrice europea per finalità non ammesse dalle disposizioni normative che attribuivano tali diritti. Inoltre, si è considerata legittima l'azione degli Stati membri di non riconoscere la fattispecie integrata dal singolo in quanto realizzata in palese violazione della sovranità delle leggi nazionali, ossia dello Stato di origine. Così facendo, l'esercizio delle disposizioni europee, eventualmente dotate di efficacia diretta, viene paralizzato, con il conseguente riconoscimento di forza cogente della norma nazionale impropriamente elusa.

Dalla copiosa giurisprudenza europea, si evince che il vero problema dell'abuso si pone quando ci si trova di fronte a comportamenti individuali che corrispondono a fattispecie di esercizio di situazioni giuridiche, determinate da una norma positiva in modo più o meno dettagliato, ma in ogni caso tale da attribuire, *prima facie*, una precisa protezione al soggetto agente. È proprio in tali situazioni che si viene a creare quell'apparenza di legittimità del comportamento individuale, conforme alla fattispecie astratta di esercizio di un diritto contemplata dalla norma, che generalmente non corrisponde alla *ratio* ultima della disposizione e, quindi, del sistema giuridico europeo.

La richiamata formula, e i casi in cui è stata utilizzata, fanno emergere, *ictu oculi*, che la nozione di abuso (nonché quella di frode!) e il correlato divieto sono legati proprio all'esercizio delle facoltà connesse alle libertà fondamentali, in particolare quando si considerino situazioni in cui si profili una diversità di disciplina normativa di determinate fattispecie tra le legislazioni nazionali. L'abuso e la frode costituiscono l'uso improprio, *id est* oltre i limiti, della facoltà offerta dall'ordinamento europeo di scegliere tra più alternative nell'ambito dell'esercizio delle libertà fondamentali. Altresì, non si può trascurare il fatto che in molti casi il richiamo alla nozione di abuso è stato fatto in modo molto rapido, senza specificare alcunché su cosa debba considerarsi abuso e, quindi, quali sono le caratteristiche peculiari di tale istituto.

Da questo succinto preambolo, emerge una serie di dubbi che le successive pagine cercheranno di chiarire. Si dovrà comprendere se il concetto di abuso sia solo ed unicamente un istituto di origine pretoria o se sia possibile rintracciarlo anche sul piano legislativo; e, qualora, così fosse, sarà importante evidenziare i punti di contatto tra l'abuso "positivo" e quello di natura "giurisprudenziale".

Naturalmente ciò avrà come obiettivo non solo quello di delineare le caratteristiche dell'istituto in questione, ma anche quello di verificare se quest'ultimo possa essere considerato sovrapponibile alla categoria della frode alla legge, così come sembra apparire dalle parole utilizzate dai Giudici di Lussemburgo. Tutto questo al fine di capire se il divieto dell'abuso del diritto possa essere considerato, a tutti gli effetti, un principio generale del diritto UE.

7. L'abuso del diritto alla luce degli ordinamenti nazionali.

È opportuno premettere come un approfondito studio del principio dell'abuso del diritto dell'Unione Europea non può prescindere da un'analisi comparatistica, ossia di come questo istituto si sia sviluppato all'interno degli Stati membri ed in che modo si è cercato di arginare le pratiche abusive. Tale valutazione a livello dei singoli ordinamenti nazionali potrebbe essere dirimente soprattutto per verificare se il concetto di abuso, così come è stato elaborato sul piano sovranazionale, risulti conforme ad una particolare definizione interna, ovvero se la ricostruzione

europea dell'istituto sia del tutto autonoma ed indipendente, scevra da qualunque risvolto nazionale.

Nei paesi di *Civil Law*, la teoria dell'abuso del diritto si è sviluppata come limite ai diritti individuali e commerciali: in alcuni sistemi è stato espressamente codificato; in altri è stato oggetto di attenzione da parte della Giurisprudenza. Il concetto è nato come estrinsecazione della fattispecie dell'uso in danno altrui dei diritti di proprietà, *i.e.* in termini di limitazione dell'esercizio dell'autonomia privata. Sebbene inizialmente fosse previsto solo il requisito del pregiudizio altrui, successivamente, all'istituto è stato attribuita la veste di strumento idoneo al controllo sostanziale dell'autonomia del singolo, al fine di garantire la coerenza e l'equilibrio del sistema giuridico nazionale.

Un primo tentativo di recepimento legislativo dell'abuso si è avuto nell'ordinamento tedesco. Il codice civile del 1900 (*i.e.* BGB) ha codificato il principio oggetto di analisi, sancendo la sua rilevanza giuridica nel momento in cui l'esercizio di un diritto abbia come scopo quello di nuocere agli altri. L'ambito di applicazione di tale disposizione non era limitato solo ed esclusivamente al diritto di proprietà, anzi era esteso a tutti i diritti soggettivi.

A tal proposito, la giurisprudenza tedesca ha sviluppato una rigida forma di controllo sul corretto esercizio delle posizioni giuridiche soggettive. Difatti, questo si è sviluppato sulla base di un duplice binario: l'obbligo del risarcimento del danno dolosamente procurato per violazione dei buoni costumi, così come specificato dall'art. 826, nonché il principio di buona fede, codificato dall'art. 242 del BGB⁵⁹. Proprio sulla base di questo orientamento è stato elaborato un sistema di repressione analitico al fine di prevenire e reprimere tutte quelle forme di esercizio dei diritti che eccedevano i limiti intrinseci degli stessi, palesando, quindi, delle vere e proprie pratiche abusive⁶⁰. La tipizzazione di queste fattispecie ha avuto il

⁵⁹ Cfr. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Digesto IV, Discipline privatistiche, Sez. Civile*, Torino, 1987, p. 3 ss.; RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della Dottrina tedesca del *Rechtmissbrauch**, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, p. 1216 ss.; WHITTAKER, ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000, p. 18 ss. In tale ambito si fa riferimento al concetto di buona fede oggettiva in termini di *standard* di condotta a cui il comportamento del singolo soggetto deve tendere.

⁶⁰ Le più importanti ipotesi di abuso nell'ordinamento tedesco sono state ravvisate a) nell'esercizio di un diritto qualora ciò risulti in contraddizione con un comportamento precedentemente tenuto dal titolare; b) nel rivendicare un diritto acquisito in maniera disonesta; c) nel richiamarsi a vizi di forma in circostanze in cui ne derivino conseguenze eccessive; d) nell'esercitare un diritto senza prendere in considerazione gli interessi della controparte; e) nel rivendicare

pregio non solo di canalizzare le decisioni dei giudici in tema di abuso, ma soprattutto ha permesso di preservare le esigenze collegate alla certezza del diritto e la prevedibilità delle decisioni giurisprudenziali.

Molto importante, in tal senso, è l'esperienza greca.

Il codice civile greco non richiama, all'art. 288, la clausola di buona fede, così come codificata nel sistema normativo tedesco, ma definisce, all'art. 281, l'abuso del diritto: è abusivo, e quindi vietato, l'esercizio di un diritto qualora questo ecceda manifestamente i limiti imposti dalla buona fede o dal buon costume o dalla finalità socio-economica del diritto⁶¹.

Una situazione analoga è possibile rintracciare nel codice civile portoghese. All'art. 334 si stabilisce che «è illegittimo l'esercizio di un diritto, quando il suo titolare eccede in maniera manifesta i limiti imposti dalla buona

un diritto dopo che il titolare abbia fatto trascorrere un congruo tempo senza compier atti di esercizio o senza reagire a violazioni, qualora ciò abbia determinato un legittimo affidamento della controparte, nonostante non sia ancora maturato il termine di prescrizione. Cfr. WIEACKER, *Zue rechtsheoretischen Prazisierung des 242 Bgb*, Tubingen, 1956, in *Kleine jurustische Schriften*, Gottingen, 1998, p. 43 ss.

⁶¹ Cfr. SYMEONIDES, *The General Principles of The Civil Law*, in KERAMEUS, *Introduction to Greek Law*, Deventer, Boston, 1993, p. 60 ss.

fede, dal buon costume nonché dai fini economici e sociali del diritto stesso»⁶².

L'articolo in questione chiarisce come la pratica abusiva risulti integrata nel momento in cui l'esercizio di una posizione soggettiva non solo ecceda i limiti posti dalla buona fede, dai buoni costumi ma anche dallo scopo sociale o economico del diritto⁶³.

In Spagna, invece, l'istituto ha visto la propria consacrazione grazie all'attività congiunta del legislatore e della giurisprudenza. L'art. 7 della Legge preliminare al Codice civile spagnolo stabilisce non solo un obbligo generale di esercizio del diritto secondo buona fede, ma precisa anche che l'abuso del diritto o l'esercizio antisociale di questo non possano godere di alcuna protezione. Difatti, qualora l'atto o il comportamento

⁶² Testualmente, l'art. 334 prevede che «E'ilegítimo o exercício di um direito, quando o titular exceda manifestadamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costume suo pelo fin social ou economico desse direito».

⁶³ Ciò che caratterizza la richiamata definizione nella legislazione portoghese è proprio la pluralità di criteri che devono essere presi in considerazione per rilevare eventuali pratiche abusive. Essendo, quindi, criteri alternativi, è normale che venga lasciato ampio spazio ai giudici di qualificare un comportamento come abusivo. In tal senso, MENEZ CORDEIRO, *Teoria General do Direito Civil*, Lisbona, 1988, p. 376 ss.; GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano 2003, p. 25 ss.

omesso⁶⁴ che per le intenzioni, per lo scopo o per il modo in cui si estrinseca nella realtà fenomenica provochi un danno a terzi in quanto eccede i limiti del normale esercizio, esso genera un obbligo al risarcimento del danno nonché la possibilità di adire gli organi giudiziari affinché la persistenza della pratica abusiva venga interrotta. Tale positivizzazione della fattispecie è stata una diretta conseguenza del granitico orientamento giurisprudenziale del Tribunale Supremo di Spagna che, con sentenza 14 febbraio 1944 (E. 293), aveva sancito la responsabilità da danno procurato in capo al soggetto che, esercitando sia positivamente che negativamente il proprio diritto, noceva a terzi e, quindi alla società, violando i limiti intrinseci al diritto stesso e all'ordinamento in cui la posizione giuridica trovava la propria *ratio* giustificatrice⁶⁵.

⁶⁴ Si sottolinea come la nozione spagnola di abuso del diritto risulta essere molto ampia in quanto questo viene letto ed interpretato anche nella sua dimensione negativa, al fine di preservare l'ordinamento nazionale.

⁶⁵ Si sottolinea che la categoria dell'abuso del diritto è stata fortemente limitata nella sua applicazione. Proprio per l'ampia definizione *supra* richiamata, il Tribunale Supremo, con sentenze 5 febbraio 1959 (R. 456); 7 febbraio 1964 (R. 631); 7 luglio 1980 (R. 3301), ha statuito come tale istituto debba essere utilizzato solo in casi eccezionali, ossia quando non sussiste una norma *ad hoc* che possa ripristinare lo *status quo* relativo alla violazione di una

Degna di nota è l'esperienza giuridica olandese che, sulla falsa riga di quella tedesca, ha elaborato un approccio analitico al problema. Il Codice Civile olandese, nel titolo relativo ai diritti patrimoniali, fa espresso riferimento⁶⁶ al concetto di abuso del diritto: non solo si allude all'obbligo di non compiere atti di esercizio del diritto che possano trasformarsi in abuso, ma vengono indicate una serie di atti o comportamenti che integrano concrete pratiche abusive. Inoltre tale clausola non viene limitata solo ai diritti patrimoniali ma è estesa a tutte le aree del diritto privato⁶⁷: i comportamenti dei singoli devono essere improntati alla ragione e all'equità, ovvero alla buona fede⁶⁸.

Particolare interesse desta la trattazione dell'abuso nei Paesi francofoni, dove ha avuto più ampie attuazioni pratiche, giustificate dall'assenza di puntuali disposizioni di divieto⁶⁹. In Francia, così come in Belgio, in assenza di una definizione codicistica del richiamato inciso, si è

posizione giuridica soggettiva meritevole di tutela ma sprovvista di puntuale garanzia.

⁶⁶ Cfr. art. 3:13 del Codice civile di Olanda.

⁶⁷ Cfr. art. 3:15 del Codice civile di Olanda.

⁶⁸ In tal senso, GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, op. cit.

⁶⁹ Cfr. SCERNI, *L'abuso del diritto nei rapporti internazionali*, Roma, 1930.

lasciato ampio spazio alla Giurisprudenza: riconducendo le ipotesi di abuso nell'alveo dell'inottemperanza al principio di buona fede⁷⁰ e della responsabilità per fatto illecito⁷¹, l'*abus de droit* è stato ravvisato non solo nell'esercizio di un diritto che presenta l'esclusiva intenzione di nuocere a terzi, ma anche quando questo viene "impiegato" in modo tale da oltrepassare in maniera manifesta i limiti dell'esercizio del diritto posto in essere da una persona prudente e diligente⁷².

Dalle esperienze degli ordinamenti di *Civil Law* è possibile evincere che l'elemento che caratterizza le diverse accezioni nazionali dell'abuso del diritto è la dimensione soggettiva che spinge il soggetto a dare vita a pratiche abusive. Queste ultime sono ravvisabili, allora, o nel momento in cui si prova che l'azione posta in essere è diretta a nuocere terzi o quando il soggetto, con la sua azione od omissione, va oltre i limiti della posizione giuridica, a lui attribuita, violando i principi di buona fede e diligenza.

⁷⁰ Cfr. Cour Suprême, 19 septembre 1983, ordonnance n. 83-178, in *Rev. critique de jur. belge*, 1986, p. 282 ss.

⁷¹ Cfr. Cour Suprême, 11 avril 1958, ordonnance n. 58-1067, in *Rev. critique de jur. belge*, 1958, p. 143 ss.

⁷² Cfr. Cour Suprême, 19 novembre 1987, ordonnance n. 87-215, in *Pasicrisie*, 1988, p. 322 ss.

Diversamente, nei sistemi di *Common Law* – caratterizzati dalla natura vincolante del precedente giudiziario, sintetizzato nel broccardo latino “*stare decisis et non quieta movere*” – i diritti si sviluppano per via giurisprudenziale e difatti, per quanto concerne l’abuso del diritto, *l’House of Lords* ha espunto dalla “nozione” di abuso l’elemento meramente soggetto, cristallizzando il principio secondo il quale gli atti di esercizio di un diritto non divengono illeciti in ragione dei motivi che li ispirano, anche qualora si tratti di motivi riprovevoli, impropri o emulativi⁷³. Infatti, è da condividere quanto autorevole Dottrina ha affermato sul tema: «*the concept of abuse of rights, so highly developed on the Continent and specially in French and German, finds no place in English law*»⁷⁴. Ecco, allora che per i sistemi di *Common Law*, l’abuso si configura nel momento in cui, ponendo in essere determinati atti o negozi giuridici, meritevoli di tutela⁷⁵, si eccedono i limiti degli stessi e si concretizza l’effettiva lesione della sfera giuridica altrui. Tale definizione trova la

⁷³ Cfr. House of Lords, *Mayor of Bradford v. Pickles* (1985) 587.

⁷⁴ Cfr. DIAS, MARKESINIS, *The English Law of Torts. A comparative Introduction*, Brussels, 1976, p. 11 ss.

⁷⁵ In tal caso, gli atti posti in essere sono formalmente conformi al dettato normativo e quindi sono ammessi.

propria *ratio* nel principio della *substance over form* di matrice economica, secondo cui una condotta può essere considerata abusiva nel momento in cui incide in maniera sostanziale e negativa sulla sfera soggettiva di un altro soggetto attraverso l'esercizio di un diritto formalmente riconosciuto dall'ordinamento. Da ciò è possibile affermare che l'abuso, nei sistemi di derivazione anglosassone, non potrà essere oggetto di una definizione legislativa, ma si dovrà procedere *case by case* e verificare, quindi, se la sostanza, cioè la lesione o meglio *the substance*, prevalga sulla conformità al dato letterale, *i.e. the form*.

8. *La risposta dell'ordinamento italiano al fenomeno dell'abuso del diritto.*

Particolare attenzione merita il contesto italiano.

Nel Codice Civile non esiste una norma che sanzioni in via generale l'abuso del diritto ma, allo stesso tempo, il legislatore ha voluto inserire specifiche disposizioni volte a sanzionare l'abuso in relazione a particolari posizioni

giuridiche soggettive⁷⁶ in cui non si rinviene una norma generale che definisca l'abuso del diritto e, quindi, il relativo divieto⁷⁷.

⁷⁶ Sul punto cfr. art. 330 c.c., relativo all'abuso della potestà genitoriale; art. 1015 c.c. relativo all'abuso del diritto di usufrutto; art. 2793 c.c., relativo all'abuso della cosa da parte del creditore pignoratizio; art. 1059, comma 2, c.c. che impone al comproprietario, che - agendo *ex se* - ha concesso una servitù, di non impedire l'esercizio di tale diritto; l'art. 840, comma 2, c.c., che vieta al proprietario del suolo di opporsi ad attività di terzi che si svolgono a tale profondità nel sottosuolo o a tale altezza nello spazio sovrastante, che egli non abbia interesse ad escluderle; e l'art. 844 c.c., sul divieto di immissioni (nel fondo del vicino) che superino la normale tollerabilità; art. 833, che, pur relativo al diritto di proprietà, è stato utilizzato come norma di repressione dell'abuso dei diritti reali in genere.

⁷⁷ Si sottolinea che la delega fiscale del 16 aprile 2012, qualora convertita in legge, attribuirà al Governo il potere di cristallizzare a livello legislativo l'abuso del diritto come principio generale dell'ordinamento italiano. In specie, l'art. 6 del suddetto provvedimento stabilisce che l'Esecutivo sarà delegato « ... ad introdurre il principio generale di divieto dell'abuso del diritto, esteso ai tributi non armonizzati, in applicazione dei seguenti principi e criteri direttivi: a) definire la condotta abusiva come uso distorto di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio d'imposta, ancorché tale condotta non sia in contrasto con alcuna specifica disposizione; b) garantire la libertà di scelta del contribuente tra diverse operazioni comportanti anche un diverso carico fiscale e, a tal fine: 1) considerare lo scopo di ottenere indebiti vantaggi fiscali come causa prevalente dell'operazione abusiva; 2) escludere la configurabilità di una condotta abusiva se l'operazione è giustificata da ragioni extrafiscali non marginali; stabilire che costituiscono ragioni extrafiscali anche quelle che non producono necessariamente una redditività immediata dell'operazione ma rispondono ad esigenze di natura organizzativa

Detto questo, è stato rilevato che, pur mancando una nozione generale positiva in tal senso, uno strumento anti-abuso può essere rintracciato nella corretta interpretazione ed applicazione delle libertà e dei diritti che di volta in volta l'ordinamento riconosce al singolo: in ottemperanza al principio della reciproca lealtà di condotta tra le parti, l'azione dell'individuo deve essere improntata alla buona fede oggettiva, all'ordinaria diligenza e alla ragionevolezza del proprio comportamento in quanto solo così è possibile prevenire una riqualficazione dell'azione

e consistono in un miglioramento strutturale e funzionale dell'azienda del contribuente; c) prevedere l'inopponibilità all'amministrazione fiscale degli strumenti giuridici di cui alla lettera a) e il conseguente potere della stessa di disconoscere il relativo risparmio di imposta; d) escludere la rilevanza penale dei comportamenti ascrivibili a fattispecie abusive; e) disciplinare il regime della prova ponendo a carico dell'amministrazione l'onere di dimostrare il disegno abusivo e le modalità di manipolazione e di alterazione funzionale degli strumenti giuridici utilizzati nonché la loro non conformità ad una normale logica di mercato gravando, invece, sul contribuente l'onere di allegare l'esistenza di valide ragioni extrafiscali alternative o concorrenti che giustifichino il ricorso a tali strumenti; f) prevedere, a pena di nullità, nella motivazione dell'accertamento fiscale una formale e puntuale individuazione della condotta abusiva; g) prevedere, specifiche regole procedurali, che garantiscano un efficace contraddittorio con l'amministrazione fiscale e salvaguardino il diritto di difesa in ogni fase del procedimento di accertamento ed in ogni stato e grado del giudizio tributario; h) prevedere che in caso di ricorso, le sanzioni e gli interessi sono riscuotibili dopo la sentenza della commissione tributaria provinciale».

posta in essere come abusiva in quanto lesiva dell'altrui diritto⁷⁸.

⁷⁸ Cfr. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano 1968, p. 4 ss.; GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, op. cit.; PATTI, *Abuso del diritto*, op. cit.; ROMANO, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, 1958, p. 166 ss. Sul punto cfr., per tutti, Corte di Cassazione, sentenza 31 maggio 2010, n. 13208. In particolar modo, il Supremo Consesso ha affermato che «Il principio della buona fede oggettiva, intesa come reciproca lealtà di condotta delle parti, deve accompagnare il contratto in tutte le sue fasi, da quella della formazione a quelle dell'interpretazione e della esecuzione, comportando, quale ineludibile corollario, il divieto, per ciascun contraente, di esercitare verso l'altro i diritti che gli derivano dalla legge o dal contratto per realizzare uno scopo diverso da quello cui questi diritti sono preordinati nonché, il dovere di agire, anche nella fase della patologia del rapporto, in modo da preservare, per quanto possibile, gli interessi della controparte, e quindi, primo tra tutti, l'interesse alla conservazione del vincolo. Peraltro, l'assenza nel nostro codice di una norma che sanziona, in via generale l'abuso del diritto - che costituisce il vero punto critico delle risposte giudiziarie di volta in volta sollecitate sul punto - non ha impedito, a una giurisprudenza attenta alle posizioni soggettive in sofferenza, di sanzionare con l'illegittimità la cosiddetta interruzione brutale del credito, e cioè il recesso di una banca da un rapporto di apertura di credito tutte le volte in cui, benché pattiziamente consentito, esso assuma connotati di arbitrarietà; ovvero di colpire con l'invalidità la delibera assembleare affetta da eccesso di potere della maggioranza, in quanto adottata ad esclusivo beneficio della stessa e in danno dei soci di minoranza, spingendosi al punto da prefigurare, in ambito contrattuale, in nome del dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione, un sindacato - anche in senso modificativo o integrativo - dello statuto negoziale nonché un controllo di ragionevolezza di singole clausole, in funzione di temperamento degli opposti interessi dei pascenti».

In tale contesto, non è possibile trascurare il grande impulso che la Corte di Cassazione ha dato, in ambito tributario, allo studio dell'abuso del diritto e dello speculare divieto che lo caratterizza. Partendo dalla distinzione tra evasione ed elusione e dall'esistenza di una clausola positiva antielusiva, il Supremo Consesso, sulla base della giurisprudenza europea⁷⁹, ha elaborato il suddetto principio, trovando la *ratio* giustificatrice nella Costituzione, al fine di preservare l'uguaglianza tra i singoli contribuenti e il gettito erariale.

In via di prima approssimazione, si ha evasione nel momento in cui il singolo individuo, pur realizzando il presupposto di un obbligo o di un divieto coattivamente previsto, non ottempera a questo, sottraendosi, quindi, alle

⁷⁹ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 21 febbraio 2008, causa C-425/06, *Part Service* e 21 febbraio 2008, causa C-255/02, *Halifax*, in *Banca Dati BIG*, IPSOA. Sul punto cfr. BEGHIN, *Evoluzione e stato della giurisprudenza tributaria; dalla nullità negoziale all'abuso del diritto nel sistema impositivo nazionale*, in MAISTO (a cura di), *Elusione ed abuso*, op. cit., p. 23 ss.; LOVISOLO, *Abuso del diritto e clausola generale antielusiva alla ricerca di un principio*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, p. 49 ss.; PEDROTTI, *Il principio giurisprudenziale dell'abuso del diritto nell'imposizione diretta*, in *Dir. prat. trib.*, 2010, p. 598 ss.; TESAURO, *Divieto comunitario di abuso del diritto (fiscale) e vincolo da giudicato esterno incompatibile con il diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1029 ss.

conseguenze che la legge tributaria fa discendere dalla fattispecie posta in essere. L'evasione è quindi un'azione o un comportamento *contra legem*. L'elusione, invece, si palesa nel momento in cui un contribuente, con uno o più atti privi di valide ragioni economiche – pienamente voluti – aggira il presupposto di un obbligo o di un divieto previsto dall'ordinamento tributario. Il fatto generatore del tributo, in altri termini, non sarebbe correttamente integrato, ma sarebbe eluso ricorrendo ad una concatenazione di atti, fatti o comportamenti privi di valide ragioni extrafiscali⁸⁰. È stato osservato come l'elusione non configuri di per sé un comportamento illecito, dal momento che non configge frontalmente con una norma di legge. Infatti, in un ordinamento ispirato al principio di legalità, un comportamento elusivo diviene censurabile solo nel momento in cui una disposizione espressamente lo connota in termini negativi⁸¹. L'elusione è quindi un'azione *extra-legem*⁸².

⁸⁰ Cfr. FRANSONI, *Appunti su abuso di diritto e "valide ragioni economiche"*, in *Rass. trib.*, 2010, p. 932 ss.; LUPI, *Diritto tributario. Oggetto economico e metodo giuridico nella teoria della tassazione*, Milano, 2009, p. 195 ss.

⁸¹ Si può specificare tale affermazione, aggiungendo che un comportamento, per essere considerato elusivo, deve essere sottoposto ad un doppio scrutinio. *In primis*, deve essere valutato

Nell'ordinamento italiano la richiamata nozione di elusione si ricava dall'art. 37-*bis*, comma 1, del D.P.R. 29 settembre 1973 che, pur non essendo una clausola generale, in quanto si applica a determinate fattispecie tassativamente elencate, è la norma di riferimento per identificare i fenomeni elusivi. In particolar modo, l'elusione è definita come gli «atti, i fatti o i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti»⁸³. È importante

sotto il profilo dell'anti-giuridicità: se contravviene ad una norma antielusiva, si tratta di una condotta elusiva. In questo senso, si cfr. in particolare VANZ, *L'elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica*, in *Rass. trib.*, 2002, p. 1612. In secondo luogo, qualora abbia superato il vaglio della (anti-)giuridicità, il comportamento, deve essere contrario allo spirito della norma fiscale perché possa considerarsi elusivo (in questo senso, cfr. anche la ricostruzione di LUPI, *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, Milano, 2001, p. 277 ss.). Secondo STEVANATO, LUPI, *Elusione fiscale tra anomalia dei comportamenti civilistici e frode allo spirito della legge tributaria*, in *Dial. dir. trib.*, 2006, p. 241 ss. occorre verificare se il comportamento del contribuente abbia determinato un aggiramento delle regole tributarie e dei principi di cui le prime sono espressione.

⁸² Cfr. VANZ, *L'elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica*, op. cit.

⁸³ In tema di elusione fiscale, si segnalano i contributi di ANDRIOLA, *La dialettica tra "aggiramento" e valide ragioni economiche, in una serie di ipotesi applicative della norma*

sottolineare come colui che voglia aggirare le norme tributarie organizza i fatti che coincidono con la fattispecie in modo da vanificare l'ipotesi impositiva prevista, nei casi in cui l'obiettivo economico-fiscale sia compatibile con una pluralità di schemi formali a ciascuno dei quali si

antielusiva, in *Rass. trib.*, 2006, p. 1897 ss.; CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale. Il problema dell'elusione fiscale*, Padova, 1992; CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, Bologna, 1996; FANTOZZI, *Il Diritto Tributario*, op. cit., p. 159 ss.; FEDELE, *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino, 2003, p. 149 ss.; FIORENTINO, *L'elusione tributaria*, Napoli, 1996; GALLO, *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito di impresa)*, in *Rass. trib.*, 1989, p. 11 ss.; ID., *Elusione, risparmio di imposta e frode alla legge*, in *Giur. comm.*, 1989, p. 377 ss.; GARCEA, *Il legittimo risparmio d'imposta*, Padova, 2000; LUPI, *Le operazioni straordinarie e l'elusione come figura di teoria generale, appartenente al genus della frode alla legge*, in AA.VV., *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, Milano, 2002, p. 745 ss.; ID., *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, cit., 277 ss.; ID., *L'elusione come strumentalizzazione delle regole fiscali*, in *Rass. trib.*, 1994, p. 225 ss.; ID., *Elusione e legittimo risparmio d'imposta nella nuova normativa*, in *Rass. trib.*, 1997, p. 1099 ss.; MARELLO, *Il problema della frode alla legge nel diritto tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 1991, p. 8 ss.; NUZZO, *Elusione, abuso dello strumento negoziale, fraudolenza*, in *Rass. trib.*, 1996, p. 1314 ss.; PISTONE, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, op. cit.; RUSSO, *Brevi note in tema di disposizioni antielusive*, in *Rass. trib.*, 1999, p. 68 ss.; TABELLINI, *Elusione fiscale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1999, p. 545 ss.; TREMONTI, *Autonomia contrattuale e normativa tributaria; il problema dell'elusione tributaria*, in *Riv. dir. fin.*, 1986, p. 369 ss.; VANZ, *L'elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica*, op. cit., 1606 e ss.; ZIZZO, *Elusione ed evasione tributaria*, in *Diz. dir. pub.*, diretto da CASSESE, Milano, 2006, p. 2173 ss.

accompagna un diverso trattamento tributario. Sebbene il soggetto agisca, apparentemente, secondo la legge, la disposizione tributaria è elusa approfittando dei diversi istituti messi a disposizione dall'ordinamento per il raggiungimento degli interessi e ponendo in essere un raggiro o un comportamento anomalo.

Per poter ben comprendere l'elusione fiscale è necessario, *in primis*, che l'inquadramento dogmatico non si esaurisca nell'esegesi della norma che attualmente la disciplina, né possa prescindere dalle (molteplici) ricostruzioni concettuali avvicendatesi in Dottrina e dalle (sporadiche) occasioni giurisprudenziali in cui si è cercato di conferire al fenomeno una valenza sistematica.

Una delle espressioni ricorrenti per descrivere l'elusione, colloca il fenomeno in una «zona grigia» tra evasione e lecito risparmio d'imposta.

Altrettanto ricorrente è la formula secondo cui è elusivo il comportamento che permette di ottenere risultati analoghi – da un punto di vista giuridico-economico – a

quelli contemplati dalla norma elusa, ma lo farebbe strumentalizzando forme giuridiche differenti⁸⁴.

Altro orientamento, invece, riconduce l'elusione fiscale nell'alveo del fenomeno della frode alla legge fiscale⁸⁵.

Dell'espressione «frode alla legge», che in altri contesti richiama l'illiceità (e dunque la nullità) del contratto posto in essere aggirando norme imperative (art. 1344 c.c.)⁸⁶, deve però ritagliarsi uno spazio di autonomia nella materia che qui immediatamente interessa. Nel diritto tributario, la frode alla legge si configurerebbe più che altro come lesione dello spirito della norma fiscale⁸⁷. A tal proposito non è possibile accettare quel particolare orientamento

⁸⁴ Cfr. LA ROSA, *Principi di diritto tributario*, Torino, p. 21 ss.; RUSSO, *Brevi note in tema di disposizioni antielusive*, op. cit., p. 72 ss.; TESAURO, *Compendio di diritto tributario*, Torino, 2002;

⁸⁵ Cfr. LUPI, *Le operazioni straordinarie e l'elusione come figura di teoria generale, appartenente al genus della frode alla legge*, op. cit.; ID., *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, op. cit., p. 277 ss; ID., *Elusione e legittimo risparmio d'imposta nella nuova normativa*, op. cit., p. 1099 ss.; STEVANATO, *La norma antielusiva nei pareri del Comitato per l'interpello*, in *Dir. prat. trib.*, 2002, p. 219 ss.

⁸⁶ Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 3 settembre 2001, n. 11351, in *Banca Dati BIG*, IPSOA e in *Giur. It.*, 2002, p. 1102 ss.; Corte di Cassazione, sentenza 5 novembre 1999, n. 12327, in *Banca Dati fisconline*; ID., 19 giugno 1981, n. 4024, *ivi*.

⁸⁷ In questo senso, cfr. LUPI, *Diritto tributario, Parte generale*, Milano, 2005, p. 104 ss.

giurisprudenziale⁸⁸, che individua nell'art. 1344 c.c. un surrogato della norma antielusiva⁸⁹, dal momento che qui non si tratterebbe di contestare la validità dei negozi posti in essere, operazione invero estranea all'accertamento tributario, ma di valutarne gli effetti rispetto all'implementazione dell'obbligo fiscale. A ciò si deve aggiungere che l'elusione fiscale non può essere confusa con il lecito risparmio d'imposta: bisogna distinguere i vantaggi fiscali indebiti da quelli conformi alla *ratio* della norma tributaria. La distinzione va effettuata tra un risparmio d'imposta patologico e quindi elusivo, ed un risparmio d'imposta fisiologico che non necessita di essere supportato da valide ragioni economiche, *i.e.* quelle non fiscali. Mentre nel risparmio fisiologico il soggetto passivo d'imposta si limita ad usare la legislazione, in quello patologico ne abusa, sfruttando a proprio favore falle o difetti del sistema in modo da ottenere risultati incoerenti con il sistema, sebbene formalmente legittimi.

⁸⁸ In particolare cfr. Corte di Cassazione, sentenza 26 ottobre 2005, n. 20816, in *Banca Dati BIG*, IPSOA e in *Riv. dir. trib.*, 2006, p. 693 ss.

⁸⁹ Cfr. FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, p. 161 ss.; GALLO, *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, in *Dir. prat. trib.*, 1992, p. 1767 ss.; TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario, Parte generale*, Milano, 2006, p. 251 ss.

La disposizione legislativa in esame opera su due piani distinti: da un lato delinea i tratti identificativi della nozione di elusione individuandone gli elementi essenziali sul cui riscontro deve vertere l'indagine dei verificatori e degli organi giudicanti – primo e secondo comma; dall'altro delimita, elencandoli, una serie circoscritta di fenomeni la cui potenziale elusività, se accertate, li renderà inopponibili all'Amministrazione Finanziaria⁹⁰ - terzo comma - con la contestuale eliminazione dei vantaggi ottenuti⁹¹. Tanto premesso, l'abuso è un concetto affine a quello dell'elusione e, prima dell'applicazione di tale principio nel diritto tributario a seguito della giurisprudenza comunitaria e nazionale, esso si riteneva integrato nella scelta della forma giuridica inadeguata al contenuto della norma tributaria, non sussistendo coincidenza con l'obiettivo fissato dalla legge⁹².

Si deve sottolineare che la recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, basandosi sul principio generale

⁹⁰ Cfr. ZIZZO, op. cit. in *Rass. trib.*, 2009, p. 486 ss.

⁹¹ Cfr. FALSITTA, *Corso istituzionale di diritto tributario*, Padova 2009, p. 110 ss.

⁹² Cfr. AMATUCCI, *Principi e nozioni di diritto tributario*, Torino, 2011, p. 111 ss.

dell'abuso del diritto in ambito comunitario⁹³, ha permesso di superare la specificità della clausola *ex art. 37-bis*. Sebbene inizialmente si rintracciasse la *ratio* fondante del divieto di abuso del diritto solo ed esclusivamente nel sistema europeo⁹⁴, la Corte di Cassazione, SS. UU., con le sentenze nn. 30055-30056-30057 del 23 dicembre 2008⁹⁵, ha portato a compimento un percorso interpretativo che ha affrontato il problema della permeabilità del sistema

⁹³ Sul tema cfr. BEGHIN, *Evoluzione e stato della giurisprudenza tributaria; dalla nullità negoziale all'abuso del diritto nel sistema impositivo nazionale*, in MAISTO (a cura di), *Elusione ed abuso*, op. cit., p. 23 ss.; LOVISOLO, *Abuso del diritto e clausola generale antielusiva alla ricerca di un principio*, op. cit.; PEDROTTI, *Il principio giurisprudenziale dell'abuso del diritto nell'imposizione diretta*, op. cit.; TESAURO, *Divieto comunitario di abuso del diritto (fiscale) e vincolo da giudicato esterno incompatibile con il diritto comunitario*, op. cit., 1029 ss.

⁹⁴ La Corte di Cassazione, Sez. Trib., con sentenza n. 25374 del 17 ottobre 2008, aveva affermato la matrice comunitaria del principio del divieto dell'abuso del diritto: proprio per la sua derivazione questo si imporrebbe nell'ordinamento tributario italiano «pur non esistendo una corrispondente enunciazione nelle fonti normative nazionali» e quindi anche «al di fuori dei tributi armonizzati o comunitari». Sul tema BEGHIN, *Alla ricerca di punti fermi in tema di elusione e abuso del diritto tributario (nel comparto dei tributi non armonizzati)* e POGGIOLI, *Il divieto di abuso del diritto nel prisma della giurisprudenza comunitaria in materia fiscale*, entrambi in TASSANI (a cura di), *Attuazione del tributo e diritti del contribuente in Europa*, Roma 2009, p. 137 ss.

⁹⁵ Le sentenze n. 30055, 30056 e 30057 scaturiscono da ricorsi proposti dall'Amministrazione finanziaria in tema di «dividend washing e dividend stripping».

fiscale domestico rispetto ad un principio, quello del divieto di abuso di diritto di matrice europea, individuando una fonte nazionale del principio generale e superando il problema della distinzione fra tributi armonizzati e non. I Giudici di legittimità hanno sancito che il divieto di abuso del diritto, elevato a generale clausola antielusiva, non trova fondamento nella giurisprudenza comunitaria, bensì nella Costituzione. Esso si traduce in un principio generale il quale preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto – pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione – di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o risparmio d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione. Proprio per attribuire a tale concetto un ambito di applicazione totalizzante, la Corte di Cassazione ne ha individuato il fondamento nell'art. 53 Cost. Ancorando il divieto di abuso del diritto ai principi costituzionali di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione, e quindi al principio di uguaglianza sostanziale, si permette di sancire l'inopponibilità dell'utilizzo distorto dello strumento giuridico e, quindi, di negare il riconoscimento degli indebiti vantaggi fiscali ottenuti e di tassare la fattispecie

posta in essere in base alla norma che si ritiene essere stata aggirata.

Dal momento che il divieto di abuso del diritto risulta essere un principio strettamente connaturato all'ordinamento giuridico nazionale in quanto diretta estrinsecazione dei principi costituzionali⁹⁶, ne deriva che l'interprete, quando verifica che le disposizioni fiscali di favore sono state formalmente rispettate per il perseguimento di un fine che, dall'analisi complessiva della fattispecie, è diverso da quello per il quale sono state create, si palesa come fattispecie abusiva e quindi illecita. La successiva giurisprudenza della Corte di Cassazione ha ribadito quanto le Sezioni Unite avevano precedentemente statuito. Confermata quindi la nozione di abuso del diritto, si è prevista la possibilità di riqualificare i negozi giuridici posti in essere qualora: *i*) il comportamento del soggetto sia equiparabile, da un punto di vista giuridico -

⁹⁶ Cfr. CONTRINO, *Il divieto di abuso del diritto del diritto fiscale: profili evolutivi, (asseriti) fondamenti giuridici e connotati strutturali*, in *Dir. prat. trib.*, 2010, p. 471 ss.; FICARI, *Clausola antielusiva, art. 53 della Costituzione e regole giurisprudenziali*, in *Rass. trib.*, 2009, p. 390 ss.; MOSCHETTI, *Avvisaglie di supplenza del giudiziario al legislativo, nelle sentenze delle Sezioni Unite in tema di utilizzo abusivo di norme fiscali di favore*, in *Giur. trib.*, 2009, p. 197 ss.; ZIZZO, *Clausola antielusiva e capacità contributiva*, in *Rass. trib.*, 2009, p. 491 ss.

economico, ad un comportamento diverso, non posto in essere, che integra la fattispecie effettivamente aggirata; *ii*) il comportamento in questione permetta al soggetto il raggiungimento di un vantaggio più consistente rispetto a quello che non si è voluto adottare; *iii*) il favore ottenuto, *i.e.* il risparmio d'imposta, sia la ragione esclusiva o assorbente del negozio posto in essere in quanto mancano altre valide ragioni idonee a giustificare la relativa "operazione economica"; *iv*) quanto ottenuto sia non dovuto, ovvero indebito alla luce del sistema fiscale nazionale⁹⁷.

Da ciò emerge l'importanza della "clausola antielusiva" di natura giurisprudenziale la cui finalità, quindi, si estrinseca non nel penalizzare il soggetto passivo di imposta, ma solo quello di garantire l'uguaglianza del trattamento fiscale «*riconducendo sotto il regime della disciplina fiscale comune un'operazione che a tale regime è sottratta senza ragione*»⁹⁸.

⁹⁷ Cfr. Corte di Cassazione, sez. trib., sentenza 21 gennaio 2009, n. 1465; sentenza 13 maggio 2009, n. 10981; sentenza 25 maggio 2009, n. 12042; sentenza 15 settembre 2009, n. 19827; sentenza 22 settembre 2010, n. 20030; sentenza 21 gennaio 2011, n. 1372; sentenza 16 febbraio 2012, n. 2193.

⁹⁸ Cfr. Corte di Cassazione, sez. trib., nn. 8481 e 8487 dell'8 aprile 2009.

A ben vedere, la definizione di abuso del diritto e l'individuazione delle relative conseguenze ricalcano lo schema dell'art. 37-*bis*⁹⁹, dando vita ad un fenomeno di sovrapposizione, o meglio di *reductio ad unum*, tra la clausola antielusiva scritta e quella non scritta. D'altra parte, come la stessa Corte di Cassazione¹⁰⁰ ha affermato, le singole norme antielusive previste dall'ordinamento rappresentano una specificazione del principio generale, immanente al sistema. Difatti l'art. 37-*bis* altro non è che una disposizione ricognitiva della clausola anti-abuso di matrice giurisprudenziale. Ecco allora che l'art. 37-*bis* si presenta quale precipitato del principio generale di matrice giurisprudenziale.

Le richiamate nozioni si presentano speculari, e vengono ispirate dalla stessa esigenza di intercettare e contrastare tutte quelle condotte dei contribuenti che, seppur rispettando formalmente una norma, ne aggirano lo spirito, permettendo il conseguimento di un risparmio fiscale che, pertanto, risulta indebito. E così la nozione giurisprudenziale di abuso del diritto si appalesa quale

⁹⁹ Cfr. FALSITTA, *Natura delle disposizioni contenute "norme per l'interpretazione di norme" e l'art. 37-bis sull'interpretazione analogica o antielusiva*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, p. 535 ss.

¹⁰⁰ Cfr. Cass., SS.UU., nn. 30055/30056/30057 del 2008, op. cit.

espressione di una regola che prima dell'intervento normativo esisteva già allo stato latente nell'ordinamento, mentre oggi risulta "positivizzata" nell'art. 37-bis, il quale, giusta l'evidenziata coincidenza strutturale con il principio di matrice giurisprudenziale, non rappresenta affatto un *alterum genus*. È necessario aggiungere che la prova di "abusività" del comportamento e, quindi, delle modalità di manipolazione ed alterazione degli schemi giuridici posti in essere solo per pervenire ad un indebito risultato fiscale, incombe esclusivamente sull'Amministrazione Finanziaria. Al contrario, spetterà al singolo contribuente provare l'esistenza di valide ragioni¹⁰¹ economiche che

¹⁰¹ Sul punto cfr. Corte di Cassazione, sentenza 27 luglio 2011, n. 16341 la quale ha sancito che «in materia tributaria, il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo, il quale preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici: tale principio trova fondamento, in tema di tributi non armonizzati, nei principi costituzionali di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione, e non contrasta con il principio della riserva di legge, non traducendosi nell'imposizione di obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge, bensì nel disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali». Da ciò deriva che non si può opporre al fisco il negozio «per ogni profilo di indebito vantaggio

risultino alternative o concorrenti alla ragione fiscale. Il soggetto dovrà dimostrare che le logiche sottostanti su cui si fonda l'operazione economica siano di spessore, ovvero economicamente e giuridicamente apprezzabili in modo da giustificare le condotte così strutturate. La Corte di Cassazione¹⁰², sul punto, ha stabilito che l'Amministrazione Finanziaria non può impiegare il principio dell'abuso del diritto quando, pur avendo provato la «*deviazione degli schemi giuridici tradizionali*», non abbia documentato il vantaggio fiscale. Difatti, dal momento che l'onere della prova della pratica abusiva ricade sostanzialmente sul soggetto pubblico, quest'ultimo non può limitarsi alla formulazione di rilevi generici, ma dovrà indicare gli elementi specifici a sostegno dell'assunto circa lo scopo elusivo e la carenza di effettività economica dell'operazione¹⁰³.

tributario che il contribuente pretenda di far discendere dall'operazione elusiva, anche diverso da quelli tipici eventualmente presi in considerazione da specifiche norme antielusive entrate in vigore in epoca successiva al compimento dell'operazione».

¹⁰² Corte di Cassazione, n. 20030/2010 op. cit.

¹⁰³ Corte di Cassazione, sentenza n. 25374, op. cit.

CAPITOLO II

LA NOZIONE DI ABUSO NEGLI ATTI DI LEGISLAZIONE

SOMMARIO: 1. La nozione di abuso nel diritto primario: il tentativo di codificazione da parte del legislatore europeo – 1.1. L’abuso del diritto e i diritti fondamentali – 1.2. Il piano giurisprudenziale dell’abuso: lo sviamento di potere – 1.3. Il divieto di abuso di posizione dominante – 2. La nozione di abuso negli atti di diritto derivato – 2.1. L’abuso nel sistema armonizzato della televisione transfrontaliera – 2.2. L’abuso in materia di accesso e controllo del credito – 2.3. Il dumping sociale come espressione dell’abuso del diritto UE: il distacco del personale dipendente – 2.4. Le clausole abusive in ambito contrattuale – 2.5. Il concetto di abuso nel diritto tributario europeo – 3. L’abuso nel diritto internazionale privato dell’Unione Europea: i conflitti di competenza giurisdizione nelle obbligazioni contrattuali – 3.1. L’abuso come limite al riconoscimento di una decisione straniera – 4. Sintesi: il

contenuto della nozione di abuso negli atti normativi UE.

1. La nozione di abuso nel diritto primario: il tentativo di codificazione da parte del legislatore europeo.

Lo studio della fattispecie dell'abuso del diritto non può che scaturire dall'analisi del cd. diritto primario¹⁰⁴.

Nel sistema delle fonti UE, con il suddetto inciso, si è soliti individuare i Trattati istitutivi, nonché quelli di

¹⁰⁴ Sul punto cfr. ACCONCI, *Quale gerarchia delle fonti nel nuovo diritto dell'Unione?*, in *Dir. un. eur.*, 2005, p. 253 ss.; ADAM, TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2010, p. 119 ss.; BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Dir. un. eur.*, 2008, p. 21 ss.; BARONCELLI, *Le fonti del diritto nell'UE dal Trattato di Roma al Trattato di Lisbona: verso un'accresciuta complessità del sistema*, in *Oss. fon.*, 2008, p. 46 ss.; DONATI, *Le fonti del diritto dell'Unione*, in *Dir. un. eur.*, 2005, p. 611 ss.; DONATI, *Il trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Il sistema delle fonti*, in *il Foro it.*, 2005, p. 23 ss.; FERRARO, *Le fonti del diritto dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 60 ss.; RUGGERI, *Fonti europee e fonti nazionali al giro di boa di Lisbona: ritorno al passato o avventura nel futuro?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 124 ss.; RUGGERI, *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni, nella prospettiva di un'Europa unita*, in *Dir. un. eur.*, 2010, p. 869 ss.; TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. un. eur.*, 2009, p. 195 ss.; TIZZANO, *La hiérarchie des normes communautaires*, in *Rev. mar. un. eur.*, 1995, p. 219 ss.; Incontro di studio: "Il nuovo Trattato europeo" (a cura di) BARONI, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 617 ss.

revisione e di adesione all'Unione Europea. Sebbene per loro natura siano, a tutti gli effetti, atti di diritto internazionale, questi, collocati nel sistema delle fonti dell'ordinamento europeo, assumono una peculiare veste giuridica. Il Trattato sull'Unione Europea (cd. TUE) e il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (cd. TFUE)¹⁰⁵ costituiscono gli atti fondanti dell'Unione e

¹⁰⁵ In merito al rapporto tra i due Trattati è necessario distinguere la situazione *pre* e *post* Lisbona. Molteplici erano i punti di contatto tra il TCE e il TUE, prima dell'entrata in vigore della riforma. Da un lato, il TUE costituiva un Trattato di revisione del TCE; dall'altro il TUE inseriva il TCE in un sistema normativo unitario e coerente. Il TCE, di fatto, perdeva la sua natura di Trattato autonomo, assumendo la natura di componente di un complesso normativo più ampio, i cui obiettivi, valori e regole fondamentali di funzionamento venivano contenuti nel TUE. Inoltre il TUE, avocando a sé tutta la procedura relativa alla revisione dei Trattati e quella per l'adesione di nuovi Stati membri, veniva ad assumere il ruolo di Trattato principale e generale, mantenendo, invece, il TCE il carattere di *lex specialis*. Ciò si ricava, in particolar modo, dalla lettera dell'art. 47 TUE, vecchia formulazione, ai sensi del quale «fatte salve le disposizioni che modificano il trattato che istituisce la Comunità europea ... nessuna disposizione del presente trattato pregiudica i trattati che istituiscono le Comunità europee né i trattati successivi che li hanno modificati». Alla luce di ciò, il TCE era un Trattato rigorosamente vincolato al TUE.

Con le modifiche apportate da Lisbona, il siffatto rapporto di dipendenza viene rinvigorito. Il TFUE non ha contenuto a sé stante, nemmeno in quanto *lex specialis*, ma serve ad integrare la disciplina generale contenuta nel TUE, rendendola operativa. Ciò risulta provato dalla lettera dell'art. 1, par. 1, TFUE, ai sensi del quale «il presente trattato organizza il funzionamento dell'Unione e determina i settori, la delimitazione e le modalità di esercizio delle

disciplinano sia le competenze e le procedure di funzionamento che i principi e le regole fondamentali sulle quali si adagia l'intervento delle istituzioni nei diversi settori di loro competenza. Proprio la natura delle norme contenute nei suddetti atti pattizi spiega il fatto che, più di una volta, si sia parlato degli stessi in termini di «*Costituzione*» del relativo ordinamento. Tale affermazione è stata utilizzata dalla Corte di Giustizia per definire il TCE¹⁰⁶ ma, allo stato dell'arte, è possibile ricomprendere in tale definizione tutti gli atti convenzionali UE successivi a quest'ultimo, sebbene, con il fallimento del Trattato che avrebbe dovuto adottare una Costituzione per l'Europa, il Trattato di Lisbona abbia provveduto, almeno formalmente, ad un processo di de -

sue competenze». Tra i due Trattati, quindi, si stabilisce un rapporto di reciproca funzionalità. Dal punto di vista formale avranno pari natura giuridica. Difatti, l'art. 1, comma terzo, TUE stabilisce che «l'Unione si fonda sul presente Trattato e sul Trattato sul funzionamento dell'Unione europea» e «i due Trattati hanno lo stesso valore giuridico».

¹⁰⁶ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 23 aprile 1986, causa C-294/83, *Parti écologiste Les Verts c. Parlamento europeo*. Sul punto cfr. anche Parere 1/91 del 14 dicembre 1991, sul Progetto di accordo relativo alla creazione di uno Spazio economico europeo, in cui è possibile leggere che «il Trattato CEE, benché sia stato concluso in forma d'accordo internazionale, costituisce la carta costituzionale di una comunità di diritto».

costituzionalizzazione della riforma del diritto UE, entrata in vigore addì 1° dicembre 2009. Invero, la suddetta natura giuridica del TFUE e del TUE trova ragion d'essere in una serie di considerazioni che non possono essere trascurate.

In primis, le norme di cui si compone l'ordinamento europeo ed, in particolar modo, i richiamati atti, non considerano come soggetti solo gli Stati membri ed le istituzioni UE ma, contrariamente al diritto internazionale, riconoscono come tali anche le persone fisiche o giuridiche le quali possono far valere i diritti di derivazione europea sia nei confronti degli organi statali che degli stessi privati. A ciò si aggiunga che i criteri interpretativi elaborati dalla Corte di Giustizia, al fine di garantire un'adeguata e puntuale applicazione delle norme di diritto primario - e non solo - rivelano la natura "costituzionale" degli atti pattizi UE. Questi canoni si discostano notevolmente da quelli utilizzati in ambito internazionale. In particolare, la Corte tende sempre a dare decisivo rilievo a criteri interpretativi di tipo contestuale e teleologico, mettendo in secondo piano il dato formale. Ciò si ricava soprattutto dall'analisi delle disposizioni concernenti le quattro libertà fondamentali e i correlati limiti previsti dalle rispettive norme. Se i Giudici del Lussemburgo hanno sempre

interpretato in maniera estensiva le disposizioni in materia di libera circolazione, di converso, è stato adottato un orientamento alquanto rigido relativamente ai provvedimenti derogatori¹⁰⁷. E proprio in tal senso deve essere valutato il principio cd. dell'effetto utile¹⁰⁸, secondo il quale, tra le tante interpretazioni possibili, l'unica rilevante è quella che consente di riconoscere alla norma in oggetto la maggiore efficacia possibile, in modo tale che gli scopi tutelati dalla disposizione possano essere

¹⁰⁷ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 8 giugno 1971, causa C-78/70, *Deutsche Grammophon*. Tale pronuncia costituisce il primo caso in cui la Corte ha dato vita ad un'interpretazione restrittiva delle deroghe alle libertà fondamentali. Con riferimento al limite costituito dalla tutela della proprietà industriale e commerciale in materia di divieti di importazione, è stato stabilito che le eccezioni *supra* menzionate operano «solo nella misura in cui appaiono indispensabili per la tutela dei diritti che costituiscono oggetto specifico di detta proprietà».

¹⁰⁸ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 5 aprile 1979, causa C-146/78, *Ratti*. Tale pronuncia è uno degli esempi più importanti circa l'utilizzo del principio dell'effetto utile. La Corte, chiamata a pronunciarsi sulla questione se un produttore di vernici potesse invocare, a giustificazione della mancata osservanza della normativa nazionale, la circostanza che tale normativa non fosse conforme ad una direttiva in materia, nel dare risposta affermativa, ha sostenuto che «nei casi in cui le autorità comunitarie abbiano, mediante direttiva, imposto agli Stati membri di adottare un determinato comportamento, l'effetto utile dell'atto sarebbe attenuato se agli amministrati fosse precluso di valersene in giudizio e ai giudici nazionali di prenderlo in considerazione in quanto elemento del diritto comunitario».

raggiunti in maniera compiuta. Inoltre, si deve considerare il limitato potere di emendamento dei Trattati. Sebbene gli Stati membri abbiano, di fatto, redatto tali atti, il loro potere di revisione non solo è caratterizzato da sostanziali limiti intrinseci¹⁰⁹ ma questo è subordinato al rispetto di una procedura normativa ben definita e rigorosa, dalla quale è difficile discostarsi¹¹⁰.

¹⁰⁹ Proprio nel Parere 1/91 del 14 dicembre 1991, *supra* menzionato, si evince che non solo non possono essere introdotte modifiche al sistema giurisdizionale introdotto dal Trattato, né tantomeno è possibile modificare il nocciolo duro dell'ordinamento europeo caratterizzato dalle disposizioni sulle libertà fondamentali nonché quelle che sono espressione di principi generali del diritto UE.

¹¹⁰ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 9 aprile 1976, causa C- 43/75, *Defrenne*, secondo cui «il Trattato CEE non può essere modificato ... se non mediante una revisione da effettuarsi ai sensi dell'art. 236», ora art. 48 TUE. Sul punto cfr. Tribunale di primo grado, ordinanza 14 luglio 1994, cause riunite T-584/93 e T-179/94, *Roujansky e Bonnamy c. Consiglio*; ordinanza 15 maggio 1997, causa T-175/96, *Berthu c. Commissione*.

L'attuale formulazione dell'art. 48 TUE prevede una procedura di revisione ordinaria. Nello specifico, quando uno Stato membro, il Parlamento europeo o la Commissione presentino una proposta di revisione dei Trattati, e il Consiglio europeo, previa consultazione del Parlamento europeo e, se del caso, della Commissione, esprima a maggioranza semplice il proprio parere favorevole, è convocata una Convenzione composta dai rappresentanti dei Parlamenti nazionali, dei capi di Stato o di governo degli Stati membri, del Parlamento europeo e della Commissione, a meno che ciò appaia inutile in ragione dell'entità ridotta delle modifiche proposte. In questa seconda ipotesi verrà convocata direttamente una Conferenza intergovernativa tra gli Stati membri sulla base di un

mandato fissato dallo stesso Consiglio europeo; altrimenti, spetterà alla convenzione elaborare quel mandato nella veste di progetto, sulla base del quale la Conferenza intergovernativa predisporrà l'accordo di modifica dei Trattati, che entrerà in vigore una volta ratificato da tutti gli Stati secondo le rispettive procedure costituzionali.

L'art. 48 prevede, inoltre, due procedure di revisione semplificate. La prima relativa alle proposte di modifica di disposizioni della parte terza del TFUE che non comportino un'estensione delle competenze dell'Unione; la seconda è riservata all'eventuale passaggio dall'unanimità alla maggioranza qualificata per l'adozione di decisioni da parte del Consiglio nel quadro del TFUE e del titolo V del TUE (relativo all'azione esterna e alla politica estera e di sicurezza comune), ovvero dalla procedura legislativa speciale a quella ordinaria per la promulgazione di atti legislativi nel quadro del TFUE.

Preme sottolineare che la procedura di revisione disciplinata dall'art. 48 ha portata generale, nel senso che può essere utilizzata per modificare qualsiasi disposizione dei Trattati. Accanto ad essa, quest'ultimi contemplano delle procedure semplificate di revisione, applicabili soltanto per la modifica di specifici articoli. Esse sono in genere caratterizzate dalla circostanza che l'elaborazione e l'approvazione del testo delle modifiche è riservata al Consiglio o, talvolta, al Consiglio europeo. Il testo così definito entra in vigore soltanto in seguito alla ratifica da parte di tutti i Parlamenti nazionali. In tal senso, si consideri l'esempio offerto dall'art. 25, par. 2 TFUE che autorizza il Consiglio, con deliberazione unanime, su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, ad adottare disposizioni intese a completare i diritti spettanti ai cittadini dell'Unione previsti dall'art. 20, par. 2 TFUE, raccomandandone l'adozione da parte degli Stati membri conformemente alle loro rispettive norme nazionali. Si veda anche l'art. 42 TUE che prevede la possibilità che l'Unione adotti una vera e propria difesa comune qualora il Consiglio europeo, deliberando all'unanimità, avrà così deciso, raccomandando l'adozione della relativa decisione da parte dei Parlamenti nazionali.

Tra le fonti di diritto primario devono essere annoverati anche i Protocolli¹¹¹ allegati ai Trattati. Ciò è quanto si ricava sia dalla giurisprudenza UE che dalle stesse disposizioni pattizie. Se la Corte di Giustizia¹¹² ed il Tribunale di primo grado¹¹³ hanno più volte sottolineato la loro forza imperativa, equiparandoli ai Trattati, il legislatore europeo, nel prevedere, ai sensi dell'art. 311 del TCE nonché a mente dell'art. 52 TUE (*post* Lisbona), che «*i Protocolli che, di comune accordo tra gli Stati membri,*

¹¹¹ È importante sottolineare che i Trattati sono stati spesso affiancati dai Protocolli all'interno dei quali è possibile rintracciare la disciplina di taluni aspetti relativa al funzionamento dell'Unione non regolati oppure trattati solo superficialmente all'interno degli stessi Trattati. In molti casi, i Protocolli contemplano regolamentazione di primaria importanza il cui inserimento in questi particolari documenti è finalizzato dire a non appesantire il testo del Trattato nonché a facilitare, al contempo, l'eventuale successiva integrazione della disciplina ivi contenuta. In tal senso devono essere interpretati il Protocollo n. 7 sui privilegi e sulle immunità dell'Unione europea o i Protocolli sugli Statuti della Corte di Giustizia, della BEI, del Sistema europeo delle Banche centrali e della Banca centrale europea, o ancora l'importantissimo Protocollo n. 2, allegato al TFUE, sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

¹¹² Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 23 aprile 1956, cause riunite C-7 e 9/54, *Groupement des industries sidérurgiques luxembourgeoises c. Alta Autorità*; sentenza 11 settembre 2003, causa C-445/00, *Austria c. Consiglio*.

¹¹³ Cfr. Tribunale di primo grado, sentenza 23 febbraio 2011, cause riunite T-7/98, T-208/98 e T-109/99, *De Nicola c. BEI*; sentenza 27 giugno 2001, cause riunite T-164/99, T-37/00 e T-38/00, *Leroy e a. c. Consiglio*.

saranno allegati al presente trattato ne costituiscono parte integrante», ha conferito loro la veste di fonte primaria, in quanto parte integrante dei Trattati stessi.

Inoltre, non è possibile trascurare il valore assunto dalla Carta di Nizza che, come sarà spiegato nelle pagine seguenti, è stata elevata a diritto primario, grazie alla nuova formulazione dell'art. 6 del TUE che ne riconosce, a tutti gli effetti, la natura di Trattato fondamentale.

Sulla base del richiamato quadro sistematico, si anticipa che lo studio condotto sugli atti di legislazione primaria non ha portato ai risultati sperati. Non è stato possibile rintracciare alcuna disposizione idonea a definire, in maniera chiara, che cosa si debba intendere per abuso del diritto dell'Unione Europea, nonché in che cosa consista il divieto sotteso all'utilizzo abusivo delle disposizioni europee. Quanto sostenuto potrebbe risultare incoerente rispetto al dettato normativo europeo. Passando in rassegna gli atti di fonte primaria, è possibile rinvenire specifiche norme o che richiamino in maniera puntuale il concetto di abuso del diritto - come il divieto di abuso del diritto, avente ad oggetto la disciplina dei diritti fondamentali e il divieto di abuso di posizione dominante, con riferimento alla disciplina del mercato interno e della concorrenza -, o

che individuino forme in cui l'abuso del diritto possa estrinsecarsi - come nel caso dello sviamento di potere, in relazione ai motivi di ricorso che caratterizzano il procedimento per annullamento. Le richiamate fattispecie, uniche espressioni sul tema in questione, non permettono di dar vita ad un processo di astrazione tale da ricavarne elementi comuni e generali caratterizzanti la categoria dell'abuso del diritto, valida per ogni settore ed ambito dell'Unione Europea. Tuttavia, proprio dal loro studio, sarà possibile individuare il *modus operandi* che l'interprete deve necessariamente adottare per valutare se l'azione del singolo, sia questo persona fisica o giuridica, possa risultare abusiva ai sensi dell'ordinamento europeo.

1.1. L'abuso del diritto e i diritti fondamentali UE.

Un primo sentiero da percorrere è quello rappresentato dallo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Al richiamato atto, proclamato in occasione del Consiglio europeo di Nizza del 7 dicembre 2000, è stato attribuito, inizialmente, un valore meramente documentale. Tuttavia, attraverso l'attività interpretativa

della Corte di Giustizia¹¹⁴, le disposizioni della Carta, oltre ad essere elevate a strumento interpretativo permeante il sistema giuridico europeo, sono state riqualificate in termini di codificazione espressa dei principi generali di diritto UE. A tal proposito, un esempio tangibile del suddetto cambio di rotta, è rappresentato dal celebre caso *Viking*¹¹⁵ relativo al rapporto esistente tra il diritto di sciopero e la libera prestazione di servizi. La Corte di Giustizia, richiamandosi a varie fonti, *inter alia* la Carta, ha riconosciuto al diritto di intraprendere un'azione collettiva il carattere di «*diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce il rispetto*».

¹¹⁴ Cfr. Corte di Giustizia, ordinanza 18 ottobre 2002, causa C-232/02, *Commissione c. Technische Glaswerke*; sentenza 27 ottobre 2006, causa C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*. Sul punto cfr. anche Tribunale di primo grado, sentenza 15 gennaio 2003, cause riunite T-377/00, T-379/00, T-260/01 e T-272/01, *Philip Morris*; sentenza 9 luglio 2003, causa T-224/00, *Archer Daniels Midland Company*; sentenza 5 agosto 2003, cause riunite T-116/01 e T-118/01, *P e O European Ferries e Diputación Foral de Vizcaya*; sentenza 8 luglio 2004, cause riunite T-67/00, T-68/00, T-71/00 e T-78/00, *Engineering Corp. e a.*

¹¹⁵ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 11 dicembre 2007, causa C-438/05. In tal senso cfr. Corte di Giustizia, sentenza 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*.

Sulla scorta dell'orientamento della Corte nonché dei lavori preparatori relativi al Trattato che avrebbe dovuto adottare una Costituzione per l'Europa¹¹⁶, con la firma del Trattato di Lisbona¹¹⁷, è stato attribuito alla Carta lo stesso valore giuridico degli atti pattizi UE. Il nuovo articolo 6 del TUE, al comma primo, stabilisce, a chiare lettere, che «l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti

¹¹⁶ Preme sottolineare che nel disegno formale per l'adozione di un unico Trattato, la seconda parte di questo doveva essere costituita dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, riconoscendole, dunque, lo stesso valore giuridico dei Trattati UE.

¹¹⁷ Sul punto cfr. ADAM, *Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Dir. un. eur.*, 2000, p. 882 ss.; CARTABIA, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti: un problema del futuro o una realtà del presente?*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 423 ss.; CASTELLANETA, *Le principali novità determinate dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Notariato*, 2010, p. 197 ss.; DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Dir. un. eur.*, 2008, p. 655 ss.; GAJA, *L'incorporazione della Carta dei diritti fondamentali nella Costituzione per l'Europa*, in *I diritti dell'uomo*, 2003, p. 5 ss.; MANZELLA, *Riscrivere i diritti in Europa: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001; MASTROIANNI, *La tutela dei diritti nell'ordinamento comunitario: alcune osservazioni critiche*, in *Dir. un. eur.*, 2008, p. 851 ss.; PENSABENE, LIONTI, *Trattato di Lisbona e diritti fondamentali: nuove prospettive con riferimento alla Carta di Nizza ed al rapporto tra Unione Europea e CEDU*, in *Nuove Autonomie*, 2010, p. 381 ss.; POLLICINO, SCIARABBA, *La Carta di Nizza oggi, tra "sdoganamento giurisprudenziale" e Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 101 ss.; WEBER, *Il futuro della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 31 ss.

nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati»¹¹⁸.

¹¹⁸ Tale valore giuridico si è manifestato in Italia con la prima applicazione diretta della Carta da parte della Cassazione con la sentenza 2 febbraio 2010, n. 2352. In particolare la Suprema Corte, in un caso avente ad oggetto il risarcimento dei danni non patrimoniali a seguito di mobbing, ha affermato che «il lavoro del professionista rientra in vero negli ambiti degli artt. 1, 4, 35 comma 1 Cost., secondo le teorie organicistiche e laburiste anche Europee (cfr. art. 15, comma 1 della Carta di Nizza, recepita dal Trattato di Lisbona, e diritto vigente anche in Italia), e pone il lavoratore professionista in uno status costituzionalmente protetto, per le connotazioni essenziali e le condizioni di qualificazione e dignità della professione; in altri termini una posizione soggettiva costituzionalmente protetta». La Cassazione ha sottolineato, all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il ruolo centrale assunto dalla Carta di Nizza nel quadro della tutela dei diritti fondamentali della persona: «un'ultima puntualizzazione deve essere posta in relazione all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1° dicembre 2009) che recepisce la Carta di Nizza con lo stesso valore del Trattato sull'Unione e per il catalogo completo dei diritti umani. I giudici del rinvio dovranno ispirarsi anche ai principi di cui all'art. 1 della Carta, che regola il valore della dignità umana (che include anche la dignità professionale) ed all'art. 15 che regola la libertà professionale come diritto inviolabile sotto il valore categoriale della libertà. I fatti dannosi in esame vennero commessi prima della introduzione del nuovo catalogo dei diritti (2000-2001), ma le norme costituzionali nazionali richiamate bene si conformano ai principi di diritto comune europeo, che hanno il pregio di rendere evidenti i valori universali del principio personalistico su cui si fondano gli Stati dell'Unione. La filomachia della Corte di Cassazione include anche il processo interpretativo di conformazione dei diritti nazionali e

Di particolare rilevanza è la circostanza per la quale le norme del suddetto documento dovranno essere interpretate alla luce delle spiegazioni a questo allegate. Ciò è espressamente indicato nel comma terzo del suddetto articolo 6, ai sensi del quale *«i diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni»*. Si tratta, in particolar modo, delle spiegazioni redatte sotto la responsabilità del Presidium della Convenzione che aveva predisposto la versione originaria. Per effetto di tale richiamo, le spiegazioni sono elevate a rango di fonte interpretativa sulle quali si dovrà adagiare l'attività della Corte di Giustizia. Ciò è confermato dal fatto che queste ultime sono state pubblicate di concerto con la Carta, nuovamente proclamata in data 12 dicembre 2007¹¹⁹.

costituzionali ai principi non collidenti ma promozionali del Trattato di Lisbona e della Carta di Nizza che esso pone a fondamento del diritto comune europeo».

¹¹⁹ In tal senso cfr. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2008, p. 157 ss. Si evidenzia che l'attuale *status* della Carta è stato oggetto di un percorso non privo di dubbi ed incertezze. Una delle questioni su cui la Convenzione sul Futuro dell'Europa è stata

Con riferimento alla funzione del richiamato atto, nel preambolo si precisa che, proprio in virtù dell'esigenza di *«rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici, rendendo tali diritti più visibili in una Carta»*, la Carta *«riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, nonché dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e da quella della Corte*

chiamata ad affrontare riguardava proprio lo statuto della Carta. Le soluzioni possibili variavano dalla sua integrale incorporazione nel nuovo Trattato ad un esplicito richiamo sulla falsa riga di quello che l'art. 6, par. 2, TUE operava rispetto alla Convenzione di Salvaguardia. La soluzione intermedia consisteva nell'includere la Carta in un apposito protocollo allegato al Trattato. Delle tre soluzioni era prevalsa la prima. La parte II della Costituzione infatti riproduceva integralmente il testo della Carta. Inoltre l'art. I-9, par. 1, recitava: «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali che costituisce la parte II». Il Trattato di Lisbona, invece, ha optato per il ritorno ad una soluzione più simile alla seconda. Difatti, alla luce della nuova formulazione dell'art. 6 TUE, la Carta, nuovamente proclamata, è stata oggetto di un mero richiamo, non essendo stata riprodotta né nel Trattato né, tantomeno, in un protocollo ad esso allegato.

europa dei diritti dell'uomo». Alla luce di ciò, si è posto il problema del rapporto intercorrente tra la Carta di Nizza e la CEDU¹²⁰. Possibili criticità potrebbero sussistere nel

¹²⁰ Si evidenzia che l'art. 6, comma secondo, del riformato TUE, prevede l'adesione dell'Unione alla CEDU e che tale circostanza non modificherà le competenze dell'Unione, così come definite dai Trattati istitutivi. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, saranno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali. Si utilizza il condizionale perché, sebbene la lettera del richiamato comma postuli l'adesione, questa non è stata ancora realizzata. A tal proposito, è stata istituita un'apposita commissione al fine di elaborare le modalità più adeguate per garantire che l'adesione non generi uno squilibrio istituzionale, dal momento che la suddetta norma ha creato e potrebbe creare non pochi problemi pratici, soprattutto a livello giurisdizionale. L'attuale situazione per cui il sistema della Convenzione vincola tutti gli Stati membri dell'Unione, ma non l'Unione stessa, è fonte di incertezze, difficoltà e carenze nell'applicazione della stessa Convenzione. Non è possibile introdurre un ricorso alla Corte CEDU direttamente contro l'Unione. Il ricorso deve essere diretto contro uno o più Stati membri dell'Unione. In proposito, la Corte CEDU ha ritenuto che l'adesione ad un'organizzazione sovranazionale con cessione alla stessa di porzioni di competenza statale, non elimini il vincolo degli Stati rispetto alla Convenzione (cfr. Corte CEDU, sentenza 15 novembre 1996, causa *Cantoni c. Francia*; sentenza 18 febbraio 1999, causa *Matthews c. Regno Unito*). Gli Stati sono quindi responsabili, non solo nei confronti dell'Unione, ma anche rispetto alla Convenzione per quanto riguarda gli effetti dell'applicazione del diritto europeo nell'ambito della propria giurisdizione (cfr. sentenze e decisioni Corte CEDU e Commissione CEDU nelle cause *M & Co c. Germania* in data 9 febbraio 1990; *Waite and Kennedy c. Germania* in data 18 febbraio 1999; *Matthews c. Regno Unito*, op. cit.; *Cantoni c. Francia*, citata; *Bosphorus c. Irlanda* in data 30 giugno 2005). È possibile, quindi, una situazione in cui si

verifichi un conflitto di lealtà degli Stati verso la Convenzione e verso l'Unione. Inoltre, sebbene nel sistema europeo la conformità alla Convenzione sia da tempo assicurata dalla Corte UE (inizialmente la Corte di Giustizia riteneva che una questione concernente i diritti fondamentali non rientrasse nella sua competenza, ma tale orientamento è stato "rovesciato" a partire dalla sentenza 12 novembre 1969, causa C-29/69, *Stauer* in cui la Corte di Giustizia ha affermato che i diritti fondamentali fanno parte dei principi generali del diritto comunitario che la Corte assicura. Sul punto cfr. Corte di Giustizia, sentenza 17 dicembre 1970, causa C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*; sentenza 24 settembre 1975, causa C-4/73, *Nold*; sentenza 28 ottobre 1975, causa C-36/75, *Rutili* ; sentenza 13 dicembre 1979, causa C-44/79, *Hauer*; sentenza 17 dicembre 1998, causa C-185/95, *Baustahlgewerbe* ove la Corte UE ha seguito il metodo della Corte CEDU nell'interpretare l'art. 6, par. 1 Convenzione ed applicarlo ad una procedura del Tribunale di Prima Istanza; sentenza 11 luglio 2002, causa C-60/00, *Carpenter*; sentenza 22 ottobre 2002, causa C-94/00, *Roquette Frères*; sentenza 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger* ; sentenza 12 dicembre 2006, causa C-380/03, *Germania c. Parlamento e Consiglio*; sentenza 25 gennaio 2007, causa C-370/05, *Festersen*; sentenza 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet*; sentenza 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*; sentenza 26 giugno 2007, causa C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophones*; sentenza 18 luglio 2007, causa C-325/05, *Derin*) è pur vero che la giurisprudenza europea richiama di continuo la giurisprudenza CEDU nell'interpretazione e nell'applicazione della Convenzione, sempre che si tratti di una controversia di diritto europeo. Ma è noto che il ruolo svolto dalla Corte UE trova limitazioni nel sistema di accesso ad essa. Ci si riferisce ai limiti posti all'introduzione di un ricorso individuale, limiti che sussistono anche dopo l'ampliamento di tale facoltà per l'individuo, a seguito delle modifiche introdotte con il Trattato di Lisbona. Nel momento in cui l'adesione dell'Unione alla Convenzione sarà realtà, il ricorso diretto contro l'Unione potrà essere fatto valere solo dopo esaurite le possibilità di ricorso al giudice dell'Unione. A tal proposito, in relazione ai limiti all'accesso alla Corte UE, si

richiama l'art. 13 della Convenzione che prevede come sia assicurato, per tutti i diritti elencati, un ricorso efficace all'interno del sistema considerato. Solo se i ricorsi interni non abbiano sanato la violazione che il ricorrente lamenta allora la Corte potrà intervenire in via sussidiaria. La Corte CEDU, nella sentenza *Bosphorus c. Irlanda* ha stabilito che il sistema giuridico dell'Unione offre una "garanzia equivalente" di protezione dei diritti dell'uomo e ne ha tratto la conclusione che, fatte salve le insufficienze manifeste che emergono in un caso specifico, si deve presumere che uno Stato membro rispetti le esigenze della Convenzione nel momento in cui dà esecuzione agli obblighi giuridici risultanti dall'adesione all'Unione. La Corte, nell'interesse della cooperazione internazionale, ha ritenuto che la soluzione adottata possa facilitare la posizione degli Stati UE, limitando l'area in cui il conflitto tra realtà diverse si potrebbe manifestare. È possibile rilevare che vi è una forte tendenza ad una convivenza armonica delle due Corti – ora inserite in sistemi formalmente non comunicanti - nel comune intento di assicurare la garanzia dei diritti menzionati nella Convenzione e nei suoi Protocolli aggiuntivi. «Le nostre due Corti condividono un impegno esistenziale in favore dei valori fondamentali che appartengono al patrimonio comune d'Europa, alla base del quale si trova la democrazia e i diritti fondamentali, ed in questo modo contribuiscono, insieme alle giurisdizioni supreme e costituzionali nazionali, all'emergere di ciò che ha potuto essere definito uno "spazio costituzionale europeo". Così si esprimeva il Presidente della Corte UE Rodriguez Iglesias nel suo discorso alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario della Corte CEDU nel gennaio 2002, traendo la suddetta formula dalla sentenza della Corte CEDU del 23 marzo 1995, causa *Loizidou c. Turchia*. Tuttavia, la prudenza manifestata dalla Corte CEDU nella ricordata sentenza trova la sua ragion d'essere alla luce della particolare posizione che caratterizza gli Stati dell'Unione rispetto all'Unione stessa. Una difficile posizione che verrà meno nel momento in cui anche il sistema europeo verrà ad essere direttamente e pienamente integrato in quello della Convenzione. Il problema del conflitto non avrà più ragion d'essere, poiché anche l'Unione, oltre agli Stati membri, saranno soggetti alla Convenzione ed al sistema di

momento in cui la Carta non si limitasse solo a riproporre le disposizioni della Convenzione ma le rielaborasse con

controllo da questa introdotto. L'attenzione che la Corte UE ha per la giurisprudenza della Corte CEDU la quale, a mente dell'art. 32 della Convenzione, è competente per tutte le questioni di interpretazione e di applicazione della Convenzione stessa, porta a credere che essa sarà in grado di risolvere nell'ambito del sistema comunitario i problemi che potrebbero nascere circa la protezione dei diritti previsti dalla Convenzione. E poiché il sistema della Convenzione è caratterizzato dal ruolo sussidiario della Corte CEDU (articolo 35, par. 1), si deve pensare che in linea generale il riconoscimento della sua competenza a giudicare anche per controversie riguardanti direttamente l'Unione (per gli effetti della sua normativa sulla condotta degli Stati membri ovvero per aspetti direttamente riguardanti la struttura ed il funzionamento delle sue istituzioni) non farà sorgere problemi rilevanti. Tuttavia, occorre qui ancora sottolineare il problema che origina dalle esclusioni che, anche dopo il Trattato di Lisbona, limitano l'accesso alla Corte UE. E in ogni caso si deve considerare che in un sistema di diritti dell'uomo come quello europeo, sofisticato e ricco di diritti riconosciuti, il conflitto giurisprudenziale può facilmente emergere nel momento in cui più diritti si pongano in contrasto o in concorrenza tra loro, senza che l'uno possa essere completamente sacrificato per l'altro e, con la necessità, quindi, di procedere a valutazioni di bilanciamento e di proporzionalità. Proprio in questo contesto è prevedibile che si sviluppi in futuro una dialettica giurisprudenziale analoga a quella che ha già avuto modo di manifestarsi tra la Corte CEDU e le Corti nazionali. Sul punto cfr. CAFARI PANICO, TOMASI, *Il futuro della CEDU tra giurisprudenza costituzionale e diritto dell'Unione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 186 ss.; DANIELE, *La protezione di diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in *Dir. un. eur.*, 2009, p. 645 ss.; GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. un. eur.*, 2009, p. 678 ss.; RAIMONDI, *Unione Europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona.*, in *I diritti dell'uomo*, 2010, p. 31 ss.

grande libertà, potendo, quindi, generare ipotesi di non perfetta coincidenza. I criteri volti a risolvere tali distonie sono da rintracciare nella lettera degli artt. 52, par. 3, e 53 della Carta¹²¹.

In primo luogo, quest'ultima disposizione individua una clausola di compatibilità secondo cui *«nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri»*. Dal siffatto inciso, si evince che la Carta non impedisce l'applicazione della Convenzione europea o degli altri strumenti *supra* menzionati, soprattutto quando si contempla una tutela più ampia rispetto a quella garantita dalla Carta stessa.

¹²¹ Sul punto cfr. ALONSO - GARCÍA, *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 1 ss.; CAFARI PANICO, *L'abuso di diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali.*, in *Dir. un. eur.*, 2003, p. 291 ss.

L'art. 52, par. 3, postula, invece, una clausola di equivalenza ai sensi della quale *«laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa»*. Alla luce di ciò, la Carta deve essere applicata in modo che il livello di protezione assicurato da questa ai diritti sia almeno equivalente a quello garantito dalla Convenzione europea, attribuendo al diritto dell'Unione la possibilità di prevedere un livello di tutela superiore. Naturalmente, resterà salva la possibilità che questa protegga diritti non coperti affatto dalla Convenzione.

Tanto premesso, nell'ambito dei diritti fondamentali UE, due sono le disposizioni, sostanzialmente identiche, che fanno espresso riferimento alla circostanza dell'abuso del diritto: l'art. 54 della Carta di Nizza, nonché l'art. 17 della CEDU.

L'art. 54¹²², rubricato «*Divieto dell'abuso del diritto*» stabilisce che «*nessuna disposizione della presente carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o di compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla Carta*».

Una prima considerazione di ordine generale si può trarre dalla collocazione di tale articolo nella struttura formale del documento. Questa disposizione chiude il Titolo VII relativo alle «*Disposizioni generali che disciplinano l'interpretazione e l'applicazione della Carta*», assumendo, quindi, la veste di clausola generale posta a tutela dei diritti fondamentali dell'Unione. Il suo valore giuridico è incontestabile. Dalla richiamata codificazione normativa si ricava che se da un lato l'esercizio di una posizione giuridica soggettiva risulti pienamente consentito nel momento in cui trovi fondamento in una disposizione della Carta, allo stesso tempo, la fruizione

¹²² Sul punto cfr. BIFULCO, CELOTTO, *Commento all'art. 54*, in BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 370 ss.; PANEBIANCO, *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2001, p. 508 ss.

della suddetta posizione non può concretizzarsi in un'azione eccessiva. Nel momento in cui l'esercizio di un diritto va oltre i confini dello stesso, ossia oltre le finalità su cui quest'ultimo si fonda, allora è proprio in quel preciso istante che si viene a creare una evidente frattura tra la *ratio* della posizione soggettiva legittimamente riconosciuta e le relative modalità di estrinsecazione. Dunque, tanto più ampia è la libertà di agire tanto più probabile sarà la configurazione comportamenti abusivi. Proprio tale riflessione sembra aver spinto i redattori della Carta che, consapevoli di tale circostanza, hanno previsto una disposizione *ad hoc*, volta a tutelare i diritti fondamentali dall'esercizio fuori misura di altri diritti.

L'indubbia valenza della disposizione, ad ogni modo, deve essere valutata anche alla luce del piano lessicale cui si manifesta. Se l'abuso, come detto, può essere visto come l'esercizio anomalo di un diritto legittimamente assegnato e, dunque, il fenomeno abusivo si concretizza in un'azione in contrasto con lo scopo della norma da cui il diritto origina, è possibile sottolineare la farraginosità della formulazione dell'art. 54 rispetto alla problematica in parola. La disposizione non definisce che cosa si debba intendere per abuso del diritto: non individua gli elementi

costitutivi di questa peculiare fattispecie. L'aspetto di maggiore rilevanza è che l'art. 54 opera su di un livello diverso rispetto a quello definitorio. Dalla richiamata formulazione, emerge che il divieto dell'abuso non sussiste in quanto un soggetto con il suo comportamento abbia semplicemente oltrepassato i confini del diritto a lui attribuito, contravvenendo, così, allo spirito della norma; anzi, il divieto sussiste perché un altro diritto è stato compresso: quindi, un diritto è esercitato abusivamente *per relationem*, a fronte di uno diverso che soffre dell'esercizio improprio di una posizione giuridica attribuita a terzi. L'abuso, quindi, sarebbe ravvisabile solo nel momento in cui quest'ultimo venga comprovato da un *test* - di abusività - alla luce del quale risulti possibile individuare sia i confini di una posizione giuridica soggettiva che il momento in cui tali limiti siano oltrepassati, sulla base di elementi oggettivi e soggettivi che possano rilevare ciò. La norma non fornisce spiegazione a riguardo. Postulando la relazione tra due diritti, dovrebbero essere forniti puntuali strumenti interpretativi per accertare quando un'azione possa essere definita "eccessiva" e, dunque, vada ad intaccare la sfera di un altro soggetto. Tale quesito non è ridondante, superficiale

o pretestuoso. Sebbene la risposta potrebbe essere rintracciata nel ragionamento per cui l'abuso si sostanzia nel momento in cui un soggetto venga, di fatto, limitato nella sua libertà di agire, secondo quanto riconosciuto dalla Carta, si trascura, invero, un particolare non indifferente. Non individuando alcun tipo di elemento oggettivo ovvero soggettivo attraverso cui poter dimostrare quando realmente l'abuso venga integrato - come diretta conseguenza di un comportamento individuale - questo, allora, difficilmente potrebbe essere provato. Difatti, tale circostanza potrebbe essere solo percepita da un soggetto che, impossibilitato, per sue ragioni, nell'esercizio di un diritto a lui attribuito, ricollegli la personale situazione ad un comportamento altrui che, a questo punto, potrebbe anche non scalfire realmente la sfera giuridica di quest'ultimo.

Anche da un punto di vista di tecnica redazionale, l'art. 54 non brilla per chiarezza. Sebbene la disposizione, nel suo secondo inciso, faccia riferimento al concetto di «*imporre limitazioni*», alludendo, quindi, ad un comportamento che si sostanzia nella realtà fenomenica, nella prima perifrasi utilizza il verbo “mirare”, *id est* «*mirare alla distruzione dei diritti o delle libertà*

riconosciuti dalla Carta». Etimologicamente parlando, il verbo “mirare” deriva dal latino *mirari* che, oltre a voler indicare l’azione di colui il quale ammira o guarda con meraviglia, racchiude in sé anche il concetto di “tendere o aspirare”. In quest’ultima accezione è possibile notare la difficoltà di accostare un verbo che richiama ad un comportamento in potenza con un altro verbo, «*distruggere*», che necessariamente richiede un’azione concreta. È necessario indagare se il verbo “mirare” si riferisca solo ad un comportamento il cui elemento soggettivo sia quello di distruggere un diritto altrui o se, viceversa, è necessario che il comportamento posto in essere sia caratterizzato da elementi tangibili che manifestino la volontà di distruggere la sfera altrui. E qualora si ricadesse in quest’ultimo caso, sarebbe necessario capire, in maniera specifica, quali comportamenti possano integrare tali fattispecie, al fine di evitare che ogni singola azione venga considerata abuso di stessa. A tal proposito, non sono di aiuto né le «*Spiegazioni relative alla carta dei diritti fondamentali*» che affermano solamente come l’art. 54 ricalchi l’art 17¹²³

¹²³ Sul punto cfr. SPIELMANN, *La Convention européenne des droits de l’homme et l’abus de droit*, in *Mélanges en hommage à L.E.*

della CEDU, né, tantomeno, i lavori preparatori alla Carta stessa che risultano privi di informazioni relativamente alla genesi di questa disposizione. In particolare, sebbene l'art. 17 della Convenzione codifichi la categoria dell'abuso, la relativa formulazione differisce poco o nulla dal tenore letterale dell'art. 54 della Carta: ad un «*può essere*» diventato nella carta comunitaria un «*deve essere*», si aggiunge un «*porre limitazioni*» rispetto all'inciso «*imporre limitazioni*» della richiamata disposizione contenuta nell'art. 54.

Se dalle modifiche *supra* evidenziate si evince che, con il passaggio dalla CEDU alla Carta, si è avuto un inasprimento del linguaggio utilizzato, come a voler comunicare la tensione verso un maggior rigore che dovrebbe trovare riscontro nella prassi applicativa, non è possibile ravvisare alcun tipo di elemento in presenza del quale poter valutare concretamente fenomeni di abuso del diritto.

Pettiti, Bruxelles, 1998, p. 673 ss.

1.2. *Il piano giurisdizionale dell'abuso: lo sviamento di potere.*

Una figura affine a quella dell'abuso del diritto è lo sviamento di potere che rappresenta uno dei quattro motivi di impugnazione o vizi¹²⁴ su cui si basa il ricorso per

¹²⁴ I tre vizi, oltre allo sviamento di potere, che possono essere fatti valere innanzi alla Corte di Giustizia sono: l'incompetenza, la violazione di forme sostanziali, la violazione del Trattato o di norme relative alla sua applicazione. L'incompetenza comprende sia quella cd. relativa, ossia afferente l'istituzione che ha adottato l'atto nonché quella assoluta, *i.e.* dell'Unione in quanto tale. Tale vizio ricorre allorché un atto ecceda – *ratione temporis, materiae, personarum o loci* – i poteri conferiti all'autorità che lo ha posto in essere. Si può tradurre quindi nell'invasione delle attribuzioni di un'altra istituzione o addirittura nella fuoriuscita dalle competenze dell'Unione (sul punto cfr., per tutti, Corte di Giustizia, sentenza 13 luglio 2000, causa C-210/98, *Salzgitter*).

La violazione delle forme sostanziali comprende, soprattutto, il difetto di motivazione, la mancata consultazione di un'altra istituzione o di un organo europeo quando ciò sia espressamente previsto, nonché l'errata individuazione della base giuridica, ogni qualvolta tale circostanza abbia conseguenze rilevanti sulle condizioni di adozione dell'atto (sul punto cfr. Corte di Giustizia, sentenza 31 marzo 1965, causa C-21/64, *Macchiorlati Dalms e Figlio*; sentenza 13 luglio 1965, causa C-111/63, *Lemmerz Werke*; sentenza 8 luglio 1965, causa C-27/64, *Fonzi c. Commissione CEEA*; sentenza 13 luglio 1965, causa C-39/64, *Société des aciéries du Temple*; sentenza 20 febbraio 1997, causa C-166/95 P, *Daffix*; sentenza 2 aprile 1998, causa C-367/95 P, *Sytraval e Brink's France*; sentenza 10 dicembre 2002, causa C-491/01, *British American Tobacco (investments) e Imperial Tobacco*; sentenza 3 luglio 2003, causa C-457/00, *Belgio c. Commissione*;

annullamento, il cui fine è quello di realizzare un controllo diretto sulla legittimità degli atti delle istituzioni. Tale procedura giurisdizionale ruota attorno alla lettera dell'art. 263 TFUE¹²⁵ ai sensi del quale viene attribuito agli Stati

sentenza 10 luglio 2008, causa C-413/06 P, *Bertelsmann e Sony Corporation of America c. Impala*; sentenza 11 dicembre 2008, causa C-295/07 P, *Commissione c. Département du Loiret*).

La violazione di legge comprende la violazione, oltre che di norme del Trattato e di diritto europeo derivato, anche dei principi generali che si sono consolidati a seguito dell'attività interpretativa della Corte – come, ad esempio la proporzionalità, la non discriminazione, il legittimo affidamento, il rispetto dei diritti di difesa – nonché delle norme che comunque vincolano l'Unione, come quelle convenzionali e consuetudinarie (sul punto cfr. Corte di Giustizia, sentenza 14 luglio 1972, causa C-48/96, *ICI c. Commissione*; sentenza 15 aprile 1997, causa C-27/95, *Bakers of Nilsea*; sentenza 16 giugno 1998, causa C-162/98, *Racke III*; sentenza 5 ottobre 1994, causa C-280/91, *Germania c. Consiglio*; sentenza 30 settembre 2003, causa C-93/02, *Biret c. Consiglio*; Tribunale di primo grado, sentenza 14 dicembre 2005, causa T-135/01, *Fedon c. Consiglio e Commissione*; Tribunale di primo grado, sentenza 14 dicembre 2005, causa T-383/00, *Beamglow c. Parlamento e a.*)

¹²⁵ La disposizione stabilisce che: «La Corte di Giustizia dell'Unione europea esercita un controllo di legittimità sugli atti legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi./ A tal fine, la Corte è competente a pronunciarsi sui ricorsi per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione, ovvero per sviamento di potere, proposti da uno Stato membro, dal Parlamento europeo, dal Consiglio o dalla Commissione./La Corte è competente, alle stesse condizioni, a pronunciarsi sui ricorsi che

membri e alle istituzioni dell'Unione, da un lato, e ai soggetti privati dall'altro, il diritto di ricorrere alla Corte per motivi di legittimità avverso gli atti derivati considerati non conformi con il diritto UE e, dunque, degni di essere annullati.

A livello normativo, non vi è alcuna definizione di sviamento di potere, né, tantomeno, sono di aiuto, in tal senso, lo Statuto o il Regolamento di procedura della Corte. Solo attraverso un'analisi delle poche pronunce del suddetto organo europeo è possibile approfondire la tematica in parola anche se tali provvedimenti giurisprudenziali non hanno fornito una definizione completa ed esaustiva.

la Corte dei Conti, la Banca centrale europea ed il Comitato delle regioni propongono per salvaguardare le proprie prerogative./Qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre, alle condizioni previste al primo e al secondo comma, un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che lo riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano misure di esecuzione./Gli atti che istituiscono organi e organismi dell'Unione possono prevedere condizioni e modalità specifiche relative ai ricorsi proposti da persone fisiche o giuridiche contro gli atti di detti organi o organismi destinanti a produrre effetti giuridici nei loro confronti./I ricorsi previsti dal presente articolo devono essere proposti nel termine di due mesi a decorrere, secondo i casi, dalla pubblicazione dell'atto, dalla sua notificazione al ricorrente ovvero, in mancanza, dal giorno in cui il ricorrente ne ha avuto conoscenza».

Quando si parla di sviamento di potere, o meglio di potere sviato, si allude a quella particolare fattispecie per un cui un potere legittimamente attribuito ad un'autorità viene esercitato per un fine diverso per quello in vista del quale è stato conferito. Questa impostazione è stata fatta propria dalla Corte di Giustizia che ha riconosciuto l'esistenza della categoria oggetto di analisi nel momento in cui un provvedimento posto in essere sia volto al raggiungimento di uno scopo estraneo al potere riconosciuto per l'adozione dello stesso¹²⁶. Inoltre, la Corte ha definito un peculiare onere della prova in capo alla parte ricorrente la cui sfera giuridica sia reputata lesa dal potere utilizzato impropriamente dall'istituzione, di volta in volta, coinvolta. Secondo i Giudici del Lussemburgo *«per dimostrare che uno sviamento di potere sussiste, la parte ricorrente avrebbe dovuto provare che le decisioni ... miravano in realtà ad uno scopo diverso da quello per il quale l'Alta Autorità aveva facoltà di agire»*¹²⁷.

¹²⁶ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 21 marzo 1955, causa C-6/54, *Paesi Bassi c. Alta Autorità*.

¹²⁷ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 12 giugno 1958, causa C-2/57, *Compagnie des Hauts Fourneaux de Chase*.

Quanto *supra* riportato è stato ribadito in quelle rare e datate sentenze che la Corte di Giustizia¹²⁸ ha pronunciato su tale vizio. Sebbene l'atto risulti conforme al dettato normativo – quanto alla competenza dell'organo, alla forma e ai singoli elementi costitutivi –, questo è in contrasto con i fini sottesi alla base giuridica, *id est* la norma attributiva del potere, dal momento che l'organo ne ha fatto un uso improprio. La Corte non ha elaborato una vera e propria definizione di sviamento ma si è limitata ad individuare un unico elemento che, se ravvisato, potrebbe tramutare l'azione dell'organo istituzionale da (apparentemente) lecita ad illegittima. Ponendo l'accento sulla difformità tra la finalità normativamente tutelata e il risultato effettivamente raggiunto - estraneo alla prima -, è necessario valutare i motivi che hanno spinto l'istituzione nell'esercizio dei suoi poteri, ossia le intenzioni di chi ha posto in essere quella particolare azione. Quanto detto è stato confermato da una recente sentenza della Corte di

¹²⁸ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 21 giugno 1958, causa C-8/57, *Groupement des hauts fourneaux et aciéries belges*; sentenza 16 dicembre 1960, causa C-44/59, *Rudolf Pieter Marie Fiddelaar*; sentenza 13 luglio 1962, cause 17 e 20/61, *Klöxner-Werke AG e Hoesch AG*; sentenza 17 luglio 1963, causa C-13/63, *Italia c. Commissione*; sentenza 31 marzo 1965, cause riunite C-12 e 29/64, *Ernest Ley*.

Giustizia che, focalizzandosi sul dato subiettivo, ha sostenuto che «*un atto è viziato da sviamento di potere solo se risulta, da elementi obiettivi, precisi e concordanti, adottato allo scopo esclusivo, o quanto meno determinante, di raggiungere fini diversi da quelli dichiarati o di eludere una procedura appositamente prevista dal Trattato CE per far fronte alle circostanze del caso di specie*»¹²⁹.

Tanto premesso, è possibile individuare alcuni punti di contatto tra l'abuso del diritto e lo sviamento di potere. Diritto vuol dire libertà garantita all'individuo, o a un gruppo privato, da una norma, *i.e.* potere di azione che la disposizione concede al soggetto o al gruppo. Quando si parla di abuso, quindi, si allude a quel particolare esercizio di una libertà accordata dalla legge che può dar luogo, se maldestramente impiegata, a responsabilità. In altre parole, l'attribuzione di un determinato diritto, effettuata in via generale ed astratta dall'ordinamento, potrebbe sfociare nella contraddizione delle finalità che giustificano l'attribuzione stessa. Allo stesso modo, lo sviamento di potere si manifesta nel momento in cui un'autorità

¹²⁹ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 15 maggio 2008, causa C-442/04, *Spagna c. Consiglio*.

impieghi il potere conferitole dalla legge per raggiungere uno scopo diverso rispetto a quello previsto dal relativo dettato normativo. Quest'ultimo comporta, come diretta conseguenza, la necessità di svelare lo scopo dissimulato dell'azione istituzionale al fine di dimostrare l'illegittima finalità perseguita in concreto dall'organo. È evidente che lo smascheramento dello sviamento, che presuppone l'esercizio di una podestà discrezionale, avviene attraverso un'operazione di interpretazione in via di deduzione logica.

Orbene, tanto per l'abuso del diritto quanto per lo sviamento di potere, il lavoro dell'interprete non può che muovere dall'esame dei motivi sottesi all'azione privata o al provvedimento istituzionale, e non può che essere condotto attraverso l'analisi della reale portata degli atti e dei comportamenti posti in essere al fine di elaborare un giudizio di coerenza tra il diritto/potere esercitato e il risultato concretamente perseguito e realizzato. Se, quindi, è innegabile l'affinità che sussiste tra i due istituti, è necessario, allo stesso tempo, evidenziare gli elementi che differenziano lo sviamento dall'abuso.

In primis, le categorie in questione operano su piani separati.

Se l'abuso riguarda il singolo soggetto che è messo nelle condizioni di poter esercitare una libertà legittimamente riconosciuta dall'ordinamento, lo sviamento ha come soggetto attivo non il singolo ma l'istituzione che agisce per realizzare un obiettivo dell'ordinamento giuridico in cui questa si colloca. L'abuso concerne una facoltà, mentre lo sviamento ha per oggetto un potere. Infatti, diverso è affermare che un soggetto eserciti una libertà o facoltà, dal dire che un organo si avvalga di un potere. Mentre l'utilizzo della prima è diretta a soddisfare un interesse personale che l'ordinamento di riferimento reputa degno di tutela, l'esercizio da parte di un'istituzione di un potere, a prescindere dalla maggiore o minore discrezionalità che lo caratterizza, concerne quella particolare necessità di agire per raggiungere uno scopo non propriamente della stessa istituzione ma dell'ordinamento in cui essa si pone: l'organo è solo il veicolo per raggiungere quel determinato obiettivo, attraverso l'esercizio di quel potere che le è stato attribuito.

A ciò si aggiungano altre considerazioni. Il fatto che lo sviamento di potere sia "relegato" alla sola divergenza tra lo scopo della norma e il comportamento - apparentemente conforme al dettato normativo - posto in essere, genera

molteplici profili di criticità. In primo luogo se ciò che rileva è l'effettiva intenzione dell'organo che ha agito, è necessario capire se si possa parlare di sviamento di potere anche in caso di errore e di non intenzionalità. Inoltre, sebbene la Corte affermi che quest'ultimo debba essere provato con elementi obiettivi, precisi e concordanti, sarebbe opportuno che ci fosse più chiarezza sul punto perché così statuendo si lascia ampio margine al giudice di vagliare il vizio in relazione alle esigenze del caso per cui l'organo ha agito. Ciò che sarebbe necessario provare, *i.e.* le intenzioni dell'organo, presenta dei limiti eccessivamente vaghi e sfuggenti soprattutto perché entra in gioco non un interesse personale ma uno scopo dell'ordinamento europeo per cui l'istituzione, di volta in volta, agisce. Sarebbe opportuno chiarire se risulti legittimo l'esercizio di potere quando, sebbene non sia propriamente coerente con lo scopo previsto dalla norma di riferimento, abbia comunque permesso il conseguimento di un obiettivo essenziale, altrimenti non raggiungibile. Tale dubbio nasce dall'assunto che non tutti i possibili motivi che legittimano l'azione dell'organo debbano necessariamente essere perseguiti allo stesso modo e nello stesso tempo; non solo, ma neppure

l'eventuale presenza di un motivo illegittimo si ritiene possa inficiare la validità dell'atto ove questo non impedisca di perseguire uno scopo primario e fondamentale per l'ordinamento europeo¹³⁰.

Da queste considerazioni emerge come la mancanza di un'analisi chiara e dettagliata dell'istituto dello sviamento lascia aperti molteplici interrogativi. Sebbene sia possibile ravvisare la discordanza tra forma e sostanza come caratteristica comune tanto dell'abuso quanto dello sviamento di potere, è palese come non sia possibile considerare lo sviamento un'applicazione pratica dell'abuso, poiché apparentemente simili ma fondamentalmente diversi.

¹³⁰ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 21 dicembre 1954, causa C-1/54, *Francia c. Alta Autorità*; sentenza 16 luglio 1956, causa C-8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique*, nella quale la Corte ha affermato che «anche se nella scelta degli elementi dei suoi calcoli la convenuta è incorsa in alcuni errori ... non ne consegue che tali errori costituiscono ipso facto la prova di uno sviamento di potere qualora non si al contempo accertato che l'Alta Autorità ha perseguito uno scopo diverso da quello che (la norma) l'autorizza a perseguire».

1.3. Il divieto di abuso di posizione dominante.

Quando si afferma che a livello primario non sussista alcun riferimento al concetto di abuso, si potrebbe obiettare ricordando che, nell'ambito dei Trattati, è possibile rinvenire la categoria dell'abuso di posizione dominante¹³¹ che contempla, appunto, i fenomeni di

¹³¹ Cfr. COLANGELO, *Unione europea e abuso di posizione dominante*, in *il Foro it.*, 2009, p. 584 ss.; FRIGAGNU, ROSSI, *EU and italian antitrust rules: concordances and discordances*, in *Dir. comm. inter.*, 2001, p. 811 ss.; GERADIN, *Limiting the scope of Article 82 EC: What can the EU learn from the U.S. Supreme Court's judgement in Trinko in the wake of Microsoft, IMS and Deutsche Telekom?*, in *Comm. mar. law rev.*, 2004, p. 1519 ss.; KORAH, *Concept of a Dominant Position within the Meaning of Article 86*, in *Comm. mar. law rev.*, 1980, p. 395 ss.; LEPRE, *The revision of the rules of the abuse of a dominant position in Europe: per se rule vs. rule of reason*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2010, p. 1505 ss.; MUNARI, *Le regole di concorrenza nel sistema del Trattato – Le intese restrittive della concorrenza – Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante detenuta sul mercato*, in TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, II, Torino, 2006, p. 1459 ss.; O'DONOGHUE, PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford, 2005; RANGONE, *Principi comunitari e disciplina interna della concorrenza: l'abuso di posizione dominante in un'analisi per casi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, p. 1305 ss.; SIRAGUSA, GUERRI, *L'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE in seguito all'introduzione del Regolamento 1/2003*, in *Dir. ind.*, 2004, p. 348 ss.; WESTKAMP, *Balancing database sui generis right protection with european monololu control under article 82 EC*, in *Eur. comp. law rev.*, 2001, p. 13 ss.

sfruttamento abusivo delle posizioni di egemonia economica nell'ambito del mercato interno.

L'art. 102 del TFUE definisce l'incompatibilità con il diritto europeo dello sfruttamento abusivo di posizione dominante da parte di un'impresa che opera nel mercato europeo, o su di una parte sostanziale di esso, in quanto possa pregiudicare quest'ultimo o una sua parte sostanziale¹³². Oggetto del suddetto divieto non è la detenzione o l'acquisizione stessa di una posizione dominante da parte di un'impresa¹³³, ma soltanto il suo sfruttamento abusivo.

¹³² Art. 102 TFUE (già art. 82 TCE): «E' incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su di una parte sostanziale di questo».

¹³³ La nozione di impresa utilizzata nell'ambito della disciplina della concorrenza UE è alquanto ampia. Essa comprende qualsiasi entità, persona fisica o giuridica, che svolga un'attività economicamente rilevante, a livello industriale o commerciale, ovvero presti servizi, ivi compreso lo sfruttamento di un'opera dell'ingegno e l'esercizio di una professione liberale (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *Wouters*; sentenza 19 febbraio 2001, causa C-35/99, *Arduino*), come quella del medico (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 12 settembre 2000, causa C-180 e 184/98, *Pavlov*) ovvero un'attività artistica (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 9 giugno 1971, causa C-78/70, *Deutsche Grammophon*). Rientra in tale accezione anche un organismo pubblico la cui normativa statale abbia attribuito la gestione di un servizio di interesse generale, nella misura in cui

È importante sottolineare come l'articolo in questione trovi applicazione, generalmente, nei casi in cui la pratica abusiva si concretizza attraverso l'azione di un'unica azienda (in tal caso si parla di posizione dominante

l'applicazione delle regole di concorrenza non sia incompatibile con lo svolgimento di quel compito, come nel caso degli uffici di collocamento (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 11 dicembre 1997, causa C-55/96, *Job Centre*; sentenza 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Hoefner*; sentenza 18 marzo 1997, causa C-343/95, *Cali*) o del servizio postale (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 19 maggio 1993, causa C-320/91, *Corbeau*). Si sottolinea che ai fini dell'applicazione delle norme sulla concorrenza, è escluso dalla nozione di impresa un ente che contribuisca alla gestione di un servizio pubblico di carattere sociale, la cui attività sia svolta secondo i principi estranei alle leggi di mercato o ancora agisca in veste di pubblica autorità, avvalendosi di prerogative che esorbitano dal diritto comune, di privilegi e di poteri coercitivi sui privati. È stato escluso, pertanto, dalla nozione d'impresa un organismo di previdenza sociale di categoria la cui attività era ispirata al principio di solidarietà e, dunque, posta in essere non per fini di lucro (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 17 febbraio 1993, causa C-159 e 160/91, *Poucet e Pistre*; sentenza 22 gennaio 2002, causa C-218/00, *Cisal*; sentenza 16 marzo 2004, cause C-264, 306, 354 e 355/01, *AOK Bundesverband e a.*) nonché l'ente che gestiva il sistema sanitario di uno Stato, garantendo prestazioni mediche gratuite agli iscritti (cfr. Tribunale di primo grado, sentenza 4 marzo 2003, causa T-319/99, *Fenin*), o ancora l'ente incaricato del servizio di controllo della navigazione aerea e della riscossione di contributi di rotta, dal momento che tale attività si traduceva in una funzione di polizia dello spazio aereo connessa all'esercizio della sovranità dello Stato (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 19 gennaio 1994, causa C-363/92, *Eurocontrol*).

individuale). Ciò detto, poiché la nozione di impresa¹³⁴ deve essere considerata in termini di unità economica, l'utilizzo improprio della posizione si concretizza anche quando tale comportamento è posto in essere da eventuali imprese consociate alla casa madre del cui comportamento quest'ultima decide ed è, dunque, responsabile. Questa fattispecie viene definita posizione dominante di gruppo¹³⁵ che ben si differenzia da quella, invece, collettiva¹³⁶, ossia caratterizzata da più imprese unite da vincoli economici tali da detenere una posizione di supremazia rispetto agli altri operatori economici operanti nella stessa quota di mercato¹³⁷. Ciò si verifica quando le diverse aziende dispongano, mediante accordo o licenza, di un vantaggio tecnologico che attribuisca loro la facoltà di porre in essere comportamenti indipendenti in una misura apprezzabile nei confronti non solo dei rispettivi concorrenti ma anche

¹³⁴ Cfr. FERRARO, *Il rapporto fra le nozioni di impresa ed ente pubblico nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 802 ss.

¹³⁵ Cfr. Tribunale di primo grado, sentenza 1° aprile 1993, causa T-65/89, *BPB Industries*.

¹³⁶ Cfr. CAPUANO, *Posizione dominante collettiva e oneri probatori della Commissione: il caso Airtours*, in *Dir. un. eur.*, 2003, p. 481 ss.

¹³⁷ Cfr. BATZU, *Concentrazioni miste di imprese, compatibilità con il Mercato comune europeo e sfruttamento di posizione dominante*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, p. 2031 ss.

dei loro stessi clienti e consumatori¹³⁸. A tal proposito, la Corte ha chiarito che, affinché si possa ritenere integrata una posizione dominante collettiva, è necessario verificare «*se le imprese costituiscano insieme un'entità collettiva nei confronti dei loro concorrenti, delle loro controparti e dei consumatori su un mercato determinato*»¹³⁹. Solo in presenza di tale circostanza, si dovrà indagare la sussistenza di una pratica abusiva.

Alla luce di ciò, è evidente che la disposizione normativa del Trattato si limita solo ad enucleare un divieto, cioè quello di non abusare della forza economica di un'impresa al fine di prevenire eventuali fenomeni di restrizione della concorrenza e, quindi, del mercato, senza però spiegare il senso di questa particolare forma di comportamento. Nemmeno è possibile rintracciare elementi utili dalle fattispecie contemplate dal secondo comma dell'art. 102: si tratta di una serie di circostanze

¹³⁸ Cfr. Tribunale di primo grado, sentenza 10 marzo 1992, cause riunite T-68, 77 e 78/89, *SIV*.

¹³⁹ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 16 marzo 2000, causa C-395/96, *Compagnie maritimes belges*.

che, se poste in essere, potrebbero integrare un abuso ma non si va oltre la semplice elencazione¹⁴⁰.

Solo attraverso il preziosissimo ausilio della Corte di Giustizia è possibile capire in che cosa consiste l'abuso di posizione dominante. Affinché quest'ultima si sostanzi, è necessario, *in primis*, che si palesi una posizione dominante¹⁴¹, ovvero «una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza

¹⁴⁰ Art. 102, comma secondo, TFUE: «Tali pratiche abusive possono consistere in: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare ai rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi». Sul punto cfr. LANG, *L'art. 82 – I problemi e la soluzione*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2009, p. 437 ss.; LEONARDI, *Le posizioni dominanti ai margini della disciplina antitrust*, in *Studium iuris*, 2010, p. 637 ss.; STRADELLA, *L'applicazione dell'art. 82 TCE agli sconti-obiectivo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, p. 1414 ss.

¹⁴¹ Diversi sono gli elementi che devono essere presi in considerazione affinché si possa attestare l'esistenza di una posizione di supremazia economica. Oltre la quota di mercato detenuta da un'impresa è necessario prendere in considerazione anche la struttura della stessa, nonché il numero e la forza dei concorrenti in rapporto all'impresa dominante.

effettiva sul mercato in questione ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori»¹⁴².

Per stabilire se un'impresa integri tutto ciò, è necessario individuare il cd. mercato rilevante o *relevant market*, cioè la frazione di mercato nella quale tale posizione si ritenga esistente¹⁴³. Quest'ultimo deve essere definito sia in

¹⁴² Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 13 febbraio 1979, causa C-85/76, *Hoffmann La Roche*. Il concetto di posizione dominante deve essere nettamente scisso da quello di monopolio o quasi monopolio. La posizione dominante, a differenza del monopolio o quasi monopolio, non esclude l'esistenza di una minima forma di concorrenza, ma pone l'impresa che la detiene in grado, se non di decidere, almeno di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza e, comunque, di comportarsi sovente senza doverne tener conto e senza che, per questo, simile condotta arrechi pregiudizio.

¹⁴³ Si precisa che la fattispecie di abuso di posizione dominante può ravvisarsi anche quando l'attività posta in essere estrinsechi i propri effetti su di un mercato diverso rispetto a quello in cui si opera. In tal senso si è espresso il Tribunale di primo grado che ha confermato la decisione con cui la Commissione aveva sanzionato la società che gestiva l'insieme delle installazioni di un aeroporto, ovvero il mercato su cui l'impresa destinataria della decisione deteneva una posizione dominante, per l'applicazione di canoni discriminatori ai diversi operatori presenti all'aeroporto, vale a dire per un comportamento i cui effetti si appalesavano sui diversi mercati dei servizi di assistenza a terra, e, indirettamente, dei trasporti aerei nei quali l'impresa in questione non era presente. Cfr. Tribunale di primo grado, sentenza 12 dicembre 2000, causa T-128/98, *Aéroports de Paris*. Sul punto cfr. Corte di Giustizia,

termini geografici che in termini di prodotti o servizi. Dal punto di vista geografico, quando si parla di mercato si allude, generalmente, all'intero mercato europeo¹⁴⁴, sebbene possa essere preso in considerazione anche una parte di questo, purché rilevante. La siffatta area dovrebbe corrispondere ad una fetta di mercato nella quale «*le condizioni obiettive di concorrenza relativamente al prodotto in questione devono essere le stesse per tutti gli operatori economici*»¹⁴⁵. Con riferimento al concetto di mercato del prodotto o del servizio, si contemplan tutti quei beni e servizi che risultano, a seguito di un'adeguata analisi economica, fungibili dal consumatore in ragione delle caratteristiche intrinseche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso ai quali questi sono normalmente destinati¹⁴⁶:

sentenza 14 novembre 1996, causa C-333/94 P, *Tetra Pak III*. Sul punto cfr. JOLIET, *Monopolization and Abuse of Dominant Position*, Liège, 1979.

¹⁴⁴ Cfr. Tribunale di primo grado, sentenza 6 ottobre 1994, causa T-83/91, *Tetra Pak II*.

¹⁴⁵ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 10 dicembre 1990, causa C-170/90, *Merci convenzionali Porto di Genova*; Tribunale di primo grado, sentenza 21 settembre 1997, causa T-229/94, *Deutsche Bahn*.

¹⁴⁶ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 9 novembre 1983, causa C-322/81, *Michelin*; sentenza 11 dicembre 1980, causa C-31/80, *L'Oréal*; sentenza 5 ottobre, causa C-323/93, *La Crespelle*; sentenza 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner*.

occorre prendere in considerazione non solo i prodotti identici a quelli dell'impresa in questione, ma anche quelli che presentano, rispetto a questi, un certo grado di intercambiabilità o di sostituibilità reciproca, di modo che tra i primi e i secondi sussista un adeguato livello di concorrenza. Infatti *«la nozione di mercato di cui trattasi (relevant market) implica, in realtà, che vi possa essere concorrenza effettiva tra i prodotti che ne fanno parte, il che presuppone un sufficiente grado di intercambiabilità per lo stesso uso fra tutti i prodotti che fanno parte dello stesso mercato»*¹⁴⁷.

Per integrare il divieto in questione, è necessario, ovviamente, che vi sia lo sfruttamento abusivo della richiamata posizione, circostanza questa che implica la valutazione di diversi elementi. La Corte di Giustizia, sul punto in parola, ha affermato che la nozione di sfruttamento abusivo *«è una nozione oggettiva che riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto*

¹⁴⁷ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 13 febbraio 1979, *Hoffmann la Roche*, op. cit.

quello di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti e servizi, fondata su prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza»¹⁴⁸. Dal richiamato orientamento giurisprudenziale, l'abuso va riferito a quella determinata impresa in posizione di egemonia economica che, utilizzando sistemi diversi da quelli tipici di una normale politica concorrenziale fondata sul merito e sulla qualità delle prestazioni, incide sulla struttura del mercato e ne riduce il livello di concorrenza a proprio vantaggio¹⁴⁹. L'idea di fondo è che l'impresa agisca in un mercato in cui la concorrenza risulti indebolita, già solo per la presenza della stessa azienda. Tale posizione non viene sanzionata ma genera, in capo alla società, un obbligo particolarmente stringente in quanto, con il suo comportamento, non dovrà

¹⁴⁸ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 13 febbraio 1979, *Hoffmann La Roche*, op cit.

¹⁴⁹ In tal senso cfr. Corte di Giustizia, sentenza 14 febbraio 1978, causa C- 27/76, *United Brands*; sentenza 3 luglio 1991, causa C-62/86, *AKZO*; ordinanza 28 settembre 2006, causa C-552/03 P, *Unilever Bestfoods*; Tribunale di primo grado, sentenza 12 dicembre 2006, causa T-155/04, *Selex*.

compromettere lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsare il mercato interno¹⁵⁰.

La Corte, con altre pronunce, ha evidenziato la rilevanza della dimensione oggettiva dello sfruttamento abusivo, non dando alcun tipo di dignità giuridica all'aspetto subiettivo del comportamento posto in essere oltre i limiti imposti. I Giudici del Lussemburgo, oltre ad ampliare il concetto di sfruttamento abusivo – sostenendo come l'abuso potrebbe derivare dal semplice consolidamento di una posizione dominante, nel momento in cui si acquisisca un concorrente in modo tale da creare un ostacolo oggettivo alla concorrenza e far dipendere il comportamento di

¹⁵⁰ Si sottolinea che, sebbene l'impresa in posizione dominante sia soggetta a limiti gravosi che, ovviamente, tendono a limitare la sua potenzialità economica, è pur vero che questa potrà comunque porre in essere determinate azioni per difendere la posizione di supremazia economica in quanto il divieto riguarda lo sfruttamento abusivo di quest'ultima, non la posizione dominante in sé per sé considerata. La Corte, con sentenza 1° aprile 1993, *BPB Industries*, op cit., ha stabilito che «se l'esistenza di una posizione dominante non priva un'impresa che si trova in questa posizione del diritto di tutelare i propri interessi commerciali qualora essi siano insidiati e se detta impresa ha la facoltà, entro limiti ragionevoli, di compiere atti che essa ritenga opportuni per la protezione di tali interessi, non è però ammissibile un comportamento del genere che abbia lo scopo di rafforzare la posizione dominante e di farne abuso». Sul punto cfr. Tribunale di primo grado, sentenza 7 ottobre 1999, causa T-228/97, *Irish Sugar*. A tal proposito cfr. DI PLINIO, *Il caso Irish Sugar. Solo una ammenda "salata", o un altro passo verso la fine dei protezionismi*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2000, p. 332 ss.

eventuali altre imprese da quello dell'impresa dominante¹⁵¹ - hanno evidenziato che «*in quanto elemento oggettivo, l'abuso prescinde dall'intenzionalità e da un'eventuale colpa o dolo, con la conseguenza che è abusiva la posizione dominante per il solo fatto di determinare una modifica così profonda della struttura dell'offerta da compromettere gravemente la libertà di azione del consumatore sul mercato*»¹⁵². Secondo la Corte, quindi, l'abuso si sostanzia sia nel momento in cui l'azione posta in essere dall'impresa in posizione dominante sia finalizzata ad escludere o anche solo a “ghettizzare” un concorrente, arrecando un sostanziale pregiudizio ai consumatori, che in tutti quei casi di politica commerciale spregiudicata a danno di questi ultimi¹⁵³.

¹⁵¹ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 21 febbraio 1973, causa C-6/72, *Continental Can*; Tribunale di primo grado, sentenza 10 luglio 1990, causa T-51/89, *Tetra Pak*.

¹⁵² Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 1° aprile 1993, *BPB Industries*, op cit.; Tribunale di primo grado, sentenza 12 dicembre 2000, *Aéroports de Paris*, op. cit.

¹⁵³ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British Airways*. Sul punto cfr. anche Comunicazione della Commissione «*Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*», in GUCE (2009) C-45/7.

Dall'analisi della richiamata disciplina è possibile ricavare importanti considerazioni.

Dalla lettura delle disposizioni del Trattato, nessun tipo di elemento normativo ci permette di individuare che cosa si possa intendere per abuso, o meglio, per sfruttamento abusivo di posizione dominante. Il legislatore europeo non ha chiarito né il concetto di posizione dominante, né, tantomeno quello di abuso di tale posizione, non evidenziando il legame sotteso a queste due categorie. Solo attraverso l'attività interpretativa della Corte di Giustizia è stato prontamente sottolineato come la posizione dominante altro non è che una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è messa nelle condizioni di costituire un ostacolo persistente per la concorrenza effettiva sul mercato interno o su di una parte di esso, potendo intrattenere rapporti indipendenti nei confronti sia degli altri concorrenti che rispetto anche agli stessi consumatori.

Da quanto poc'anzi descritto, è possibile rilevare un punto di contatto tra l'istituto in parola e la categoria dell'abuso del diritto oggetto di questo studio.

Nell'abuso di posizione dominante, l'oggetto dell'abuso, sebbene apparentemente non consista in un diritto

soggettivo ma in un potere economico, è determinato dall'esercizio oltre misura di una situazione di fatto che il soggetto ha acquisito sul mercato grazie alla sua attività. In realtà, tale circostanza altro non è che espressione della libera iniziativa economica che, utilizzata all'estremo, incide negativamente sulla libera concorrenza, valore assoluto su cui si fonda il mercato interno. Se l'ordinamento europeo riconosce e tutela il diritto all'iniziativa economica nonché la possibilità di ogni singolo operatore di accrescere sul mercato la propria attività, fino ad acquisire una posizione di supremazia, allo stesso tempo, però, impedisce che l'utilizzo di tale potere possa eliminare concretamente l'opportunità per altri operatori concorrenti di svolgere la propria attività nello stesso settore. Difatti, l'eventuale posizione dominante acquisita non è sanzionata. Ciò che rileva è l'abuso di questa, cioè l'uso di tecniche scorrette che vadano oltre le ragioni collegate al bene tutelato: la libera concorrenza. Ecco che proprio in tal senso è possibile individuare un elemento comune con l'abuso del diritto. Quest'ultimo postula una situazione giuridica soggettiva che viene attribuita all'individuo dall'ordinamento giuridico in quanto rilevante positivamente e, dunque, degna di tutela

ma che, nel momento in cui l'esercizio di questa eccede i limiti previsti dalla relativa disciplina, integra una forma di abuso; l'abuso di posizione dominante, sebbene la supremazia economica non venga attribuita dall'ordinamento ma è un potere che il singolo acquisisce attraverso la propria attività nel mercato interno, rileva per l'ordinamento UE in quanto la suddetta egemonia, precipitato della libera iniziativa economica, viene esercitata senza misura, integrando fenomeni di costrizione o di soppressione della sfera economica altrui. Sebbene la posizione dominante estrinsechi effetti già per il semplice fatto di esistere, solo nel momento in cui va oltre i limiti previsti diviene oggetto di un divieto vigoroso che non lascia spazio ad eventuali deroghe.

Sulla base di questa base comune, è necessario prendere in considerazione la differenza sostanziale che caratterizza le suddette circostanze: l'irrilevanza del piano soggettivo per l'abuso di posizione dominante. È la stessa Corte che afferma come quest'ultima circostanza prescinde da qualunque requisito di intenzionalità, sia esso a titolo di dolo o colpa. Ciò è particolarmente significativo perché si pone in netta antitesi rispetto a quello che si è prospettato in tema di abuso dei diritti UE e di sviamento di potere,

relativamente alla volontà di agire; inoltre, non considerando degno di rilevanza l'elemento soggettivo per identificare il fenomeno abusivo, si ammette implicitamente che la posizione dominante non possa essere considerata alla stregua dell'abuso del diritto vero e proprio in quanto, avendo come presupposto una libertà e quindi un potere di agire, prevede l'esistenza dell'elemento soggettivo, circostanza quest'ultima non contemplata in caso di posizione dominante.

Ecco che l'abuso del diritto UE e l'abuso della posizione dominante, sebbene accomunati dall'esercizio oltre misura di quanto normativamente previsto, mantengono comunque una peculiare autonomia concettuale che rende estremamente difficile accostare gli istituti *de quibus*. Non sarebbe corretto mutuare acriticamente soluzioni specifiche cui si è pervenuti in riferimento al divieto di sfruttamento abusivo di posizione dominante per la categoria dell'abuso del diritto europeo.

2. La nozione di abuso negli atti di diritto derivato.

I non soddisfacenti risultati ottenuti a livello di legislazione primaria spingono ad analizzare la fattispecie

in oggetto sul piano del diritto derivato, al fine di analizzare quei settori in cui il legislatore ne ha fatto espresso riferimento al problema.

Per diritto derivato o secondario si è soliti indicare l'insieme degli atti giuridici che le istituzioni dell'Unione Europea hanno il potere di adottare in virtù delle disposizioni contenute nei Trattati. L'art. 288 del TFUE stabilisce che gli organi UE, al fine di esercitare le competenze a loro attribuite, possano adottare regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri, ossia quelli che comunemente vengono definiti atti tipici¹⁵⁴. Solo

¹⁵⁴ È doveroso sottolineare che gli atti tipici non esauriscono il novero degli atti che caratterizzano il sistema europeo. Accanto a questi, si aggiungono i cd. atti atipici. Con tale inciso si va ad indicare non solo l'insieme di atti che, sebbene unici, sono espressamente contemplati dai Trattati (si prenda in considerazione l'atto con cui si approva il bilancio UE nonché gli orientamenti generali che ai sensi dell'art. 25 TUE il Consiglio europeo può decidere nel quadro della PESC, o quelli strategici che sempre il Consiglio è chiamato a definire ai fini della programmazione legislativa ed operativa nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, così come previsto dall'art. 68 TFUE), ma anche quelli che si sono affermati a livello di prassi nel settore della concorrenza. A tal proposito, si pensi alle comunicazioni periodiche, ovvero agli orientamenti o alle linee guida che la Commissione può emanare per esplicitare il proprio modo di interpretare una sua competenza, ovvero alle modalità con le quali essa intende esercitarla. Un cenno particolare va fatto agli accordi interistituzionali che, prima di Lisbona, non erano contemplati dalle disposizioni a carattere primario. L'art. 295 del TFUE prevede la possibilità che il

attraverso gli atti vincolanti, *id est* regolamenti, direttive e decisioni, è possibile definire nuovi obblighi a carico dei destinatari; di converso, le raccomandazioni ed i pareri, in quanto privi di forza cogente, si presentano sotto una luce differente rispetto ai provvedimenti coercitivi: mentre il parere esplicita l'orientamento o l'approccio che l'istituzione emittente assume circa una determinata questione o relativamente ad uno specifico atto, la raccomandazione si presenta come lo strumento attraverso cui l'istituzione UE indica il comportamento che gli Stati membri dovrebbero tenere al fine di essere conformi al diritto europeo ovvero per il raggiungimento di uno scopo considerato rilevante per l'Unione stessa.

Si anticipa come nell'ambito del diritto secondario il legislatore abbia mostrato maggiore sensibilità per la situazione dell'abuso del diritto. In particolare, l'indagine

Parlamento, il Consiglio e la Commissione possano concludere, al fine di definire di comune accordo le modalità di reciproca collaborazione in settori delle loro relazioni, accordi interistituzionali. È importante sottolineare che tale atto sarà vincolante solo nei confronti delle istituzioni che lo hanno concluso, la cui efficacia è limitata. In specie, regolando aspetti peculiari del rapporto intercorrente tra gli organi coinvolti, questo potrà sì integrare o specificare le disposizioni dei Trattati, ma non potrà di certo modificarle in maniera sostanziale dal momento l'equilibrio istituzionale non può essere alterato in alcun modo.

riguarderà solo ed esclusivamente gli atti vincolanti in quanto l'eventuale inserimento di clausole anti-abuso in provvedimenti quali pareri e raccomandazioni non avrebbe avuto e non ha alcuna ragione di esistere proprio in virtù della loro limitata efficacia giuridica. Di converso, sarà possibile rintracciare specifici riferimenti al problema oggetto di studio soprattutto nei regolamenti e nelle direttive, sebbene il riferimento al divieto dell'abuso del diritto emerga, con le dovute eccezioni, non direttamente da specifiche disposizioni normative ma da una lettura ampia e teleologica degli atti *supra* menzionati in uno con i "considerando" degli stessi atti.

2.1. L'abuso nel sistema armonizzato della televisione transfrontaliera.

Uno dei primi ambiti normativi in cui è emerso il problema dell'abuso del diritto UE è stato quello relativo all'ambito audiovisivo.

Il settore della comunicazione per mezzo dei sistemi televisivi è stato per la prima volta oggetto di regolamentazione grazie alla direttiva 89/552/CEE, cd. televisione senza frontiere, la quale ha costituito la pietra

angolare della politica audiovisiva dell'Unione Europea, fondata su due principi fondamentali: la libera circolazione dei programmi televisivi europei nell'ambito del mercato interno e l'obbligo, per le reti televisive, di riservare, conformemente alla propria disciplina nazionale, più della metà del tempo di trasmissione ad opere ed attività concernenti l'Europa (in tal caso si parla di «*quote di diffusione*»). La direttiva, inoltre, è stata promulgata al fine di tutelare obiettivi considerati rilevanti per la crescita e lo sviluppo dell'allora Comunità, quali la diversità culturale, la protezione dei minori e il diritto di rettifica¹⁵⁵. Il principio guida che ha caratterizzato tale intervento normativo è stato quello secondo il quale gli Stati membri

¹⁵⁵ Il diritto di rettifica consiste nella facoltà, da parte dei soggetti di cui siano state diffuse immagini o ai quali siano stati attribuiti atti, pensieri, affermazioni, dichiarazioni contrari a verità da parte di una radio o una televisione di richiedere all'emittente, privata o pubblica, la diffusione di proprie dichiarazioni di replica, in condizioni paritarie rispetto all'affermazione che vi ha dato causa. Sul punto cfr. CARUSO, *Le emissioni radiotelevisive nella direttiva comunitaria e nella sua applicazione in Italia*, Milano, 1991, p. 27 ss.; DOUTRELEPONT, *L'actualité du droit de l'audiovisuel européen*, Parigi, 1996, p. 129 ss.; MASTROIANNI, *Il diritto comunitario e le trasmissioni televisive*, in *Dir. com. e degli scambi int.*, 1996, p. 170 ss.; MAZZA, *Diffusione televisiva e disciplina comunitaria della concorrenza*, Milano, 2006, p. 25 ss.; TIZZANO, *Regolamentazione radiotelevisiva italiana e diritto comunitario*, in *il Foro it.*, 1986, p. 466 ss.

assicurano la piena libertà di ricezione di programmi televisivi provenienti da altri Stati membri, con la possibilità di sospendere la trasmissione dei suddetti programmi qualora violino, sia direttamente che indirettamente, le disposizioni della direttiva poste a tutela dei minori¹⁵⁶.

Il problema dell'abuso del diritto, o come meglio si vedrà, della sottrazione del prestatore di servizi alla legislazione nazionale di appartenenza per il tramite del diritto UE, ha visto per la prima volta interessata la direttiva *supra* menzionata nell'ambito delle cause riunite *Mattel Scandinavia c. Lego Norge*¹⁵⁷. In quell'occasione, la Corte dell'Associazione Europea di Libero Scambio (d'ora innanzi anche AELS) si è trovata a risolvere spinose questioni pregiudiziali concernenti la corretta applicazione dell'atto europeo in relazione al diritto nazionale.

Le due società Mattel Scandinavia e Lego Norge, entrambi di diritto norvegese, produttrici di giochi per

¹⁵⁶ Secondo la direttiva: «sono vietati i programmi aventi carattere pornografico o di estrema violenza. Tale divieto si applica ad ogni altro programma in grado di nuocere ai minori, tranne nel caso in cui la trasmissione rientri in un'opportuna fascia oraria o sia oggetto di misure tecniche di protezione».

¹⁵⁷ Cfr. Corte AELS, sentenza 16 giugno 1995, cause riunite E-8/94 e E-9/94.

bambini, trasmettevano in patria, attraverso una società di diritto inglese, messaggi pubblicitari destinati esclusivamente ad un pubblico minorenni, in violazione alla legislazione scandinava che ostacolava tale genere di attività, a tutela dell'integrità e della salute dei bambini. L'organo norvegese dedicato al controllo del mercato, *i.e.* il Consiglio del Mercato Norvegese, chiedeva alla Corte AELS se la direttiva in questione impedisse alla Norvegia di applicare il divieto di pubblicità posto a garanzia dei minorenni, con riferimento a messaggi di promozione contenuti in programmi televisivi trasmessi da un altro Stato membro dell'accordo sullo Spazio economico europeo ma diretti in Norvegia. L'organo investito della questione, richiamando il principio del mutuo riconoscimento, afferma come la responsabilità della corretta regolamentazione delle attività televisive sia di competenza dello Stato di origine delle trasmissioni (nel caso di specie la Gran Bretagna), non potendo il Paese di destinazione (*id est* la Norvegia) limitare la ricezione di trasmissioni tele/audiovisive provenienti da un altro Stato membro, nel rispetto sia della normativa del luogo di emissione che della regolamentazione europea. La Corte sottolinea con forza che, dal momento che la direttiva

prende in considerazione solo ed esclusivamente le emittenti televisive e non gli inserzionisti, l'applicazione della disciplina europea garantirebbe a questi ultimi la fruizione dei servizi delle emittenti televisive collocate fisicamente in altri Stati, diversi da quello di utilizzazione del servizio, potendo sfruttare la concorrenza tra ordinamenti e, quindi, sottrarsi alla legislazione nazionale più severa. Sebbene nella suddetta causa non si alluda alla possibile configurazione di una fattispecie abusiva e, come visto, non venga ravvisata nel caso di specie, applicando a specchio il principio sotteso all'argomentazione della Corte, è possibile notare come il profilo abusivo di un'azione si sostanzierebbe nel momento in cui un soggetto, al fine di aggirare la disciplina del settore in cui opera, utilizzi in maniera impropria la legislazione europea per ottenere un risultato non contemplato dalla *ratio* che caratterizza tale normativa sovranazionale, garantendo al singolo un vantaggio che difficilmente avrebbe ottenuto qualora avesse rispettato la disposizione interna.

È d'uopo sottolineare come i giudici della Corte AELS, nel solco del principio della concorrenza dei sistemi normativi in seno all'UE, abbiano messo a fuoco due punti particolarmente interessanti che altro non sono che gli

estremi della questione oggetto di analisi: l'efficacia della disciplina nazionale rispetto alla realizzazione del mercato interno. Sebbene il diritto di scelta dell'ordinamento più favorevole, o meglio, il sottrarsi alla legislazione nazionale più severa «... *da un punto di vista prettamente nazionale, ... dovrebbe essere ben visto come elusione della legge nazionale*», in realtà, in un'ottica sovranazionale, e cioè quella del mercato europeo (televisivo), tale circostanza altro non è che «*la logica ed inevitabile conseguenza dei principi della direttiva, i.e. la libertà di fornire servizi televisivi, il coordinamento delle regole nazionali e dell'azione amministrativa tra gli Stati coinvolti*».

Come è possibile notare, due sono i punti di vista che si alternano. Se a livello statale, il sottrarsi alla disciplina nazionale attraverso l'esercizio improprio di un diritto o di una libertà europea può integrare una circostanza di abuso del diritto dell'Unione - ovvero di elusione del diritto interno -, a livello UE, tale problema non sembra avere ragione di esistere. La semplice applicazione della disciplina europea spoglia l'azione posta in essere di

qualunque ombra di presunta illegittimità che si ravvisa sul piano nazionale¹⁵⁸.

Sulla scorta della richiamata giurisprudenza, il contrasto tra diritto nazionale e diritto sovranazionale in tema di abuso ha avuto un primo richiamo a livello normativo con l'emanazione della direttiva 97/36/CE, che ha sostituito l'impianto normativo creato con la direttiva 89/552. Parlamento e Consiglio, nell'elaborare le modifiche alla disciplina «*Tv senza frontiere*», hanno tenuto conto non solo del diritto pretorio menzionato, ma soprattutto del necessario aggiornamento che la suddetta normativa richiedeva alla luce dei continui cambiamenti politico-

¹⁵⁸ Rappresentativi, a tal riguardo, risultano i casi connessi alle cause *Commissione c. Regno del Belgio* (sentenza 10 settembre 1996, causa C-11/95), *De Agostini e TV Shop* (sentenza 9 luglio 1997, cause riunite C-34/95; C-35/95; 36/95), come si vedrà *infra*. Sia i Giudici della Corte che gli Avvocati Generali, trattandosi di fattispecie simili a quella presa in considerazione per il caso della Norvegia, hanno affermato l'impossibilità di poter utilizzare un principio generale di abuso del diritto, sebbene questo sia riconosciuto nella maggior parte degli ordinamenti giuridici nazionali. L'impossibilità di riconoscere tale circostanza troverebbe il suo presupposto non solo nel fatto che, opponendo la legislazione nazionale, si sarebbero potuti creare ostacoli alla libertà di circolazione dei servizi televisivi - qualora questi ultimi avessero rispettato la legislazione dello Stato di provenienza - ma anche che gli interessi tutelati dalle norme, considerate asseritamente aggirate, sarebbero rientrate nel campo di applicazione della normativa UE armonizzata.

sociali che caratterizzavano la crescita dell'Unione Europea¹⁵⁹. Due erano le esigenze a cui si doveva far fronte. La prima aveva ad oggetto la necessità di chiarire l'esatta portata del concetto di stabilimento dell'emittente televisiva. La seconda - maggiormente pertinente al tema qui oggetto di trattazione - scaturiva dall'esigenza di stabilire quando condotte abusive fossero integrate, giustificando, quindi, l'intervento diretto delle autorità del Paese di destinazione.

Ai sensi dell'art. 2 della direttiva 89/552, il luogo di stabilimento di un'emittente televisiva era determinato sulla base di diversi criteri i quali, considerati pienamente equipollenti tra loro, lasciavano spazio a possibili fenomeni abusivi. Il territorio di insediamento dell'ente poteva essere ravvisato (i) nel luogo in cui si trovava la sede principale del prestatore di servizi, (ii) o nel luogo in cui venivano normalmente adottate le decisioni relative alla politica di programmazione dell'ente, (iii) o nel luogo

¹⁵⁹ Sul punto cfr. DRIJBER, *The revised television without frontiers directive: is it fit for the next century?*, in *Comm. mar. law rev.*, 1999, p. 87 ss.; MEYER, HEINE, *Les apports de la nouvelle directive Television sans frontières du 30 juin 1997 entrée en vigueur le 31 décembre 1998*, in *Rev. trim. droit eur.*, 1999, p. 95 ss.; VOTANO, *TV europea senza frontiera atto secondo*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1997, p. 994 ss.

in cui il programma da trasmettere al pubblico veniva montato ed elaborato per la successiva trasmissione, (iv) o nel luogo in cui si trovava una parte significativa degli addetti necessari per garantire l'attività di radiodiffusione.

Nel modificare ed integrare il citato articolo, il legislatore ha enucleato criteri più puntuali proprio al fine di stabilire precisamente quando un'emittente potesse considerarsi localizzata nel territorio di uno Stato. In primo luogo, il criterio della sede principale dell'emittente è coniugato con il criterio relativo al luogo in cui vengono adottate le decisioni editoriali sulla programmazione. In subordine, e nell'ipotesi in cui non vi sia coincidenza tra il luogo delle decisioni editoriali e la sede principale, si deve considerare il territorio dello Stato in cui operano una parte significativa degli addetti all'attività di telediffusione; in subordine, qualora una parte significativa degli addetti operi in ciascuno di tali Stati membri, l'emittente allora è da ritenersi stabilita nello Stato membro in cui trova la sua sede principale. Infine, se in nessuno dei due Stati membri operi una parte significativa degli addetti all'attività di telediffusione, l'emittente è considerata stabilita nel primo Stato membro nel quale ha iniziato a trasmettere, a condizione che vi sia un legame stabile ed effettivo con

l'economia di tale Stato. Emerge come l'insieme dei richiamati criteri abbia rappresentato una grande innovazione rispetto alla previgente disciplina dal momento che quest'ultima, non contemplando alcun ordine da rispettare nell'applicazione dei criteri di individuazione dello stabilimento dell'ente televisivo, risultava facilmente aggirabile. Inoltre, le novelle normative introdotte con la direttiva 97/36 hanno avuto come obiettivo ultimo non solo quello di rendere più chiara la normativa fin ad allora in vigore ma soprattutto quello di garantire una migliore applicazione della stessa. Proprio questo spirito ha caratterizzato la modifica della lettera dell'art. 2-*bis*. Sebbene quest'ultimo riproponesse il contenuto dell'art. 2, inseriva, però, il riferimento all'art. 22-*bis*, in tema di tutela dei minori, quale norma la cui violazione legittimava un intervento diretto da parte delle autorità dello Stato di destinazione nei confronti dell'emittente inottemperante, impedendo la ricezione oggetto di contestazione¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Sul punto cfr. FRAGOLA, *Alcune osservazioni sulla direttiva comunitaria 97/36 in tema di disciplina dell'attività televisiva*, in *Riv. dir. d'autore*, 1997, p. 417 ss. È d'uopo sottolineare che l'intervento normativo non ha riguardato la disposizione contenuta nell'art. 3, la quale prevedeva la facoltà per ciascuno Stato di

Ora, tutto ciò premesso, è possibile sostenere che le modifiche apportate dalla direttiva 97/36 siano state essenzialmente indirizzate ad evitare nonché a porre rimedio alle possibili condotte fraudolente ovvero abusive della normativa relativa alla cd. televisione senza frontiere. Nel fissare con chiarezza il principio dello stabilimento di un'emittente, ogni Stato membro e i diversi prestatori di servizi televisivi sono stati messi nelle condizioni di conoscere, con assoluta certezza, in ossequio al principio *in claris non fit interpretatio*, la norma nazionale applicabile nonché la giurisdizione competente per ogni controversia ad essa correlata¹⁶¹. Proprio sulla scia di una maggiore sicurezza sull'individuazione del luogo di stabilimento di un'emittente va letto lo sforzo del legislatore che ha tentato di cristallizzare nel considerando n. 14 della direttiva n. 97/36 possibili fenomeni di utilizzo improprio del diritto UE. Nel prevedere testualmente che

introdurre norme più particolareggiate o più rigorose nei settori regolati dalla direttiva, a garanzia di interessi nazionali superiori, quale la tutela dei minori.

¹⁶¹ Sul punto cfr. HANSEN, *The development of the circumvention principle in the area of Broadcasting*, in *Legal issue of econ. int.*, 1998, p. 111 ss.; KATSIREA, *The circumvention principle: an effective defence of national Broadcasting system against abuse?*, Gran Bretagne, 2005.

«considerando che, secondo la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁶², uno Stato membro conserva la facoltà di prendere provvedimenti contro un ente televisivo che, pur avendo stabilito la propria sede in un altro Stato membro, dirige tutto o in parte la propria attività verso il territorio del primo Stato membro, laddove la scelta di stabilirsi nel secondo Stato membro sia stata compiuta al fine di sottrarsi alla legislazione che sarebbe stata applicata ove esso si fosse stabilito sul territorio del primo Stato membro», il legislatore ha contemplato tutte quelle situazioni in cui la facoltà di collocarsi in uno Stato membro diverso da quello verso il quale o nel quale si sviluppa l'attività principale del soggetto, sia stata dettata dalla volontà di sottrarsi ad una legislazione nazionale più rigorosa proprio attraverso il diritto sovranazionale .

Il richiamato inciso ha profondamente influenzato le modifiche apportate alla Convenzione europea sulla televisione transfrontaliera, adottata a Strasburgo il 5 maggio 1989. In particolare, il Protocollo modificativo, adottato in data 1° ottobre 1998 ed entrato in vigore il 1°

¹⁶² Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 3 dicembre 1974, causa C-33/74, *Van Binsbergen c/ Bestuur van de Bedrijfsvereniging*; sentenza 5 ottobre 1994, causa C-23/93, *TV 10 SA c/ Commissariaat voor de Media*. Sul punto cfr. capitolo III, par. 2.

marzo 2002, ha inserito nel testo convenzionale l'art. 24-*bis*, appositamente dedicato alle ipotesi di «*abuse of rights*». Sul punto la disposizione prevedeva che «*quando il servizio di un programma di un'emittente è interamente o principalmente diretto verso un territorio di una Parte diversa, che ha giurisdizione sull'emittente televisiva (c.d. parte ospitante), e l'emittente si è qui stabilita al fine di eludere le leggi nelle materie disciplinate dalla Convezione che avrebbe applicato qualora fosse ricaduto sotto la giurisdizione dell'altra Parte, questo costituisce abuso del diritto*»¹⁶³.

Come è possibile notare sia dal considerando n. 14 della direttiva 97/36 - inciso mantenuto nel testo delle direttive nn. 2007/65/CE¹⁶⁴ e 2010/13/UE (con. 43) che hanno mantenuto sostanzialmente l'impianto normativo dell'atto europeo in questione - sia dal dispositivo della Convezione, l'abuso si paleserebbe, in via principale, nella

¹⁶³ Testualmente l'art. 24-*bis* recita «When the programme service of broadcaster is wholly or principally directed at the territory of a Party other than which has jurisdiction over the broadcaster (the receiving Party), and the broadcaster has established itself with a view to evading the laws in the areas covered by the convention which would have applied to it had it fallen within the jurisdiction of that other Party, this shall constitute an abuse of rights».

¹⁶⁴ Sul punto cfr. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, Torino, 2009.

sua dimensione oggettiva, *i.e.* quando il programma audiovisivo sia interamente o principalmente trasmesso in un altro Stato membro diverso rispetto a quello di insediamento del soggetto che effettivamente trasmette.

Da quanto indicato, risulta possibile ricavare un particolare di “*test di abusività*” relativo al settore delle telecomunicazioni. Qualora si provi che un ente sia stabilito in uno Stato diverso da quello di appartenenza e che da questo indirizzi – totalmente o principalmente – i suoi servizi verso quello stesso Paese in cui si sarebbe dovuto insediare, è in quel preciso momento che il piano oggettivo dell’abuso si concretizza. In realtà, questo non si esaurisce in sé stesso. A ben guardare, la circostanza che il soggetto si sia sottratto alla legislazione nazionale di appartenenza per “utilizzare” una regolamentazione nazionale più favorevole alla propria attività, dovrebbe essere considerato quale manifestazione della precisa volontà di aggirare la disciplina domestica, sfruttando, dunque, impropriamente le libertà fondamentali su cui si fonda l’UE, *i.e.* la libertà di stabilimento e quella di libera circolazione dei servizi. Il piano subiettivo risulterebbe integrato qualora l’ente in questione non abbia alcun tipo di collegamento o rapporto con l’economia del Paese di

insediamento. Allora l'abuso si manifesta in tutta la sua
essenza.

Preme sottolineare che, focalizzando l'attenzione soprattutto sul luogo di insediamento da cui originano i servizi prestati, *i.e.* il piano oggettivo, l'elemento subiettivo entrerebbe in gioco non in via autonoma ma solo *per relationem*. La possibile pratica abusiva sarebbe comprovata, così come emerge dagli incisi *supra* menzionati, nel momento in cui l'ente stabilito in uno Stato membro presta i servizi in tale territorio esclusivamente o principalmente per il tramite di una struttura societaria collocata in un Paese UE diverso dal primo, sfuggendo così alla normativa interna; allora solo in questo momento sarebbe possibile rilevare, implicitamente, anche la volontà di "ingannare" il dettato normativo nazionale in quanto una tale operazione difficilmente potrebbe essere realizzata inconsapevolmente.

2.2. L'abuso in materia di accesso e controllo del credito.

Anche nel settore bancario e creditizio è stata presa in considerazione la fattispecie dell'abuso. Il legislatore europeo, conscio della possibilità, da parte di privati, di aggirare la normativa nazionale attraverso l'utilizzo improprio della libertà di stabilimento, ha non solo contemplato tale fattispecie ma ha anche delineato un meccanismo volto a sopprimere possibili fenomeni *de quibus*. A tal proposito, si consideri la direttiva 89/646/CEE del 15 dicembre 1989 relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative concernenti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il loro esercizio. Tale provvedimento, adagiandosi sulle linee guida contenute nel Libro bianco sul mercato interno del 1985, ha introdotto nel settore bancario il principio dell'autorizzazione comunitaria unica. A seguito del rilascio del suddetto documento europeo, un ente creditizio, stabilito in uno Stato membro, è autorizzato ad operare in tutta la Comunità gestendo l'insieme delle attività bancarie di base e potendo creare succursali o prestando servizi direttamente dal Paese in cui è ivi

collocato. Lo Stato di origine deve assicurare il controllo globale sull'ente attraverso una puntuale attività di accertamento posta in essere dalle autorità di vigilanza di settore. Il siffatto schema giuridico ricalca quello denominato *Home - Country - Control* o regola del "Paese di origine", riferita al mercato comune di un bene o di un servizio, volta ad individuare la legislazione nazionale di applicazione. Il principio in questione è volto a preservare le quattro libertà fondamentali previste dal Trattato e ad impedire, all'interno del mercato europeo, una discriminazione fondata sulla nazionalità. Inoltre, il principio *Home Country Control* postula il reciproco riconoscimento delle *authorities* degli Stati membri nonché un grado minimo di armonizzazione delle rispettive regolamentazioni¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Sul punto cfr. BELLI, MACCARONE, NIGRO, PATRONI-GRIFFI, PORZIO, SANTORO, *L'attuazione della seconda direttiva comunitaria sulle banche*, in *Dir. della banca e del mercato fin.*, 1993, p. 167 ss.; CAPRIGLIONE, *Prime riflessioni sul recepimento della seconda Direttiva CEE in materia bancaria*, in *Banca borsa e titoli cred.*, 1993, p. 437 ss.; LUZZATTO, *La libera prestazione dei servizi bancari nella CEE ed il principio del mutuo riconoscimento degli enti creditizi*, in *il Foro it.*, 1990, p. 443 ss.; PANZERA, *Sistema bancario italiano e ordinamento comunitario*, Milano, 1991; RADICATI DI BROZOLO, *L'Italia ed il mercato unico dei servizi bancari (Un primo esame delle norme di attuazione della seconda Direttiva bancaria)*, in *Banca borsa e titoli cred.*, 1993, p.

Nel preambolo della richiamata disciplina, riferita nella direttiva 2000/12/CE del 20 marzo 2000¹⁶⁶, si prendono in considerazione le ipotesi di aggiramento della disciplina nazionale per mezzo del diritto UE. Il legislatore europeo, sulla scorta dei principi del mutuo riconoscimento, dell'armonizzazione e del necessario coordinamento delle legislazioni per l'accesso a rilevanti attività economiche, prevede, rispettivamente ai considerando 8 della direttiva 89/646 e 9 della direttiva 2000/12, che *«i principi del mutuo riconoscimento e del controllo esercitato dallo Stato membro di origine esigono che le autorità di ogni Stato membro non concedano o revochino l'autorizzazione qualora elementi come il programma d'attività, l'ubicazione o le attività effettivamente svolte indichino in modo evidente che l'ente creditizio ha scelto il sistema giuridico di uno Stato membro al fine di sottrarsi ai criteri più rigidi in vigore in un altro Stato membro sul cui*

465 ss.; RONZITTI, *Il mercato unico europeo nel settore bancario – incidenza sugli ordinamenti italiano e spagnoli*, Roma, 1992; TIZZANO, *La seconda direttiva banche e il mercato unico dei servizi finanziari*, in *il Foro it.*, 1990, p. 423 ss.

¹⁶⁶ Sul punto cfr. PEARSON, *EC Banking Law General Introducing*, in VAN EMPEL, SMITS, *Banking and EC Law*, The Hague, 2001; USHER, *The law of Money and Financial Services in the EC*, Oxford, 2000, p. 95 ss.

territorio intende svolgere la maggior parte delle sue attività». Sebbene tale inciso non venga riportato nella parte dispositiva dei menzionati atti legislativi, il richiamato paragrafo contiene un esplicito riferimento alle previsioni normative che contemplano i meccanismi di vigilanza che gli Stati membri dovrebbero necessariamente adottare per prevenire e reprimere possibili fenomeni di aggiramento della norma nazionale per mezzo del diritto europeo.

L'art. 12 dell'atto europeo n. 2000/12, riproducendo quanto espresso nell'art. 7 della direttiva 89/646, definisce un sistema di consultazione preventiva tra le autorità nazionali al fine di verificare non solo la reale consistenza economica dell'attività creditizia/finanziaria posta in essere, ma soprattutto di individuare elementi concreti alla luce dei quali si decreti che l'ente creditizio si sia stabilito nell'altro Stato al fine di beneficiare delle disposizioni più vantaggiose garantite dal sistema giuridico nazionale di nuovo insediamento. La preoccupazione di arginare tali fenomeni ha spinto il legislatore a dare maggior rilevanza al concetto di effettività dell'ente creditizio, legato al coinvolgimento con l'economia del territorio di radicamento. La direttiva n. 2006/48/CE del 14 giugno

2006, concernente l'accesso all'attività degli enti creditizi e il loro esercizio, riproponendo l'impianto giuridico - normativo della direttiva del 2000, prevede, nei considerando, che *«i principi del mutuo riconoscimento e della vigilanza esercitata dallo Stato membro d'origine esigono che le autorità competenti di ogni Stato membro non concedano o revochino l'autorizzazione qualora elementi come il programma d'attività, l'ubicazione delle attività o le attività effettivamente svolte indichino in modo evidente che l'ente creditizio ha scelto il sistema giuridico di uno Stato membro al fine di sottrarsi ai criteri più rigidi in vigore in un altro Stato membro sul cui territorio svolge o intende svolgere la maggior parte delle proprie attività. Qualora non vi sia alcuna indicazione evidente, ma la maggior parte delle attività delle imprese di un gruppo bancario si trovi in un altro Stato membro le cui autorità competenti sono incaricate di esercitare la vigilanza su base consolidata, la responsabilità dell'esercizio della vigilanza su base consolidata nel quadro degli articoli 125 e 126 dovrebbe essere modificata unicamente con l'accordo di dette autorità competenti. Un ente creditizio che sia persona giuridica dovrebbe essere autorizzato nello Stato membro in cui si trova la sua sede statutaria.*

Un ente creditizio che non sia persona giuridica dovrebbe avere l'amministrazione centrale nello Stato membro in cui ha ricevuto l'autorizzazione. D'altra parte, gli Stati membri dovrebbero esigere che l'amministrazione centrale di un ente creditizio sia sempre situata nello Stato membro d'origine e che essa vi operi effettivamente».

Emerge come anche in tale settore - così come per quello relativo ai servizi audio/televisivi - il fenomeno "abusivo" contempra, in primo luogo, un requisito oggettivo che, nel caso di specie, si sostanzierebbe nell'azione di insediarsi in uno Stato a legislazione più vantaggiosa rispetto a quello di appartenenza, condizione che, a sua volta, richiede, necessariamente, l'intenzione di volere eludere la disciplina nazionale. Tale volontà si palesa nel momento in cui l'attività risulti diretta, precipuamente, verso lo Stato "eluso", integrando, implicitamente, anche la volontà di operare in tal senso.

L'elemento di assoluta novità è, però, il ruolo svolto, o meglio, che dovrebbero svolgere, le autorità nazionali, non solo in via autonoma, ma soprattutto in un'ottica di collaborazione europea al fine di prevenire fenomeni abusivi. Secondo quanto previsto, queste hanno il potere sia di negare l'autorizzazione per poter svolgere l'attività

ovvero di revocarla sulla base di elementi oggettivi, quali l'ubicazione dell'ente o la programmazione dell'attività di quest'ultimo. La volontà del legislatore è tesa a definire un sistema completo che non lasci spazio alcuno a circostanze che possano dar vita a fenomeni in cui il diritto metta "sotto scacco" se stesso. Il problema viene affrontato in maniera pragmatica, riconoscendo puntuali poteri alle autorità amministrative nazionali, pronte, se del caso, a "riqualificare" la situazione giuridica in termini di illegittimità e, quindi, ad annullare gli effetti giuridici che sono derivati dall'azione posta in essere dal soggetto.

Tale slancio deve fare i conti con un duplice ordine di problemi.

Se da un lato il legislatore si è ben guardato dall'approfondire il tema dell'accertamento, non fornendo spiegazioni pratiche per permettere alle autorità nazionali di assicurare un controllo effettivo ma soprattutto non discrezionale sulle attività creditizie e finanziarie in seno all'euro-zona, dall'altro la circostanza che l'ipotesi *supra* considerata sia stata inserita nell'ambito dei considerando e non nella parte propriamente dispositiva deve far riflettere. Come noto, i «*considerando*» hanno la funzione di esplicitare, in modo conciso, la *ratio* dell'intervento del

legislatore senza, però, contenere enunciati di carattere normativo, dunque vincolanti. Proprio la scelta di non cristallizzare in un articolo una clausola generale di salvaguardia, al fine di “scoraggiare” tutti coloro che pongano in essere azioni *border-line*, indebolisce, *de facto*, l’efficacia del provvedimento legislativo.

2.3. Il dumping sociale come espressione dell’abuso del diritto UE: il distacco del personale dipendente.

Il tema oggetto di trattazione si è manifestato anche nel settore della libera circolazione dei lavoratori, in particolare nel fenomeno del cd. distacco del personale dipendente all’estero. Con tale inciso si è soliti definire tutti quei casi i cui lavoratori assunti presso una società con sede in uno Stato vengano destinati in altri Paesi per prestare la propria professionalità, sebbene vincolati da un contratto con la casa madre. In specie, fenomeni abusivi si sono verificati relativamente all’esatta individuazione della legislazione previdenziale da applicare nei confronti dei lavoratori temporaneamente distaccati in uno Stato membro diverso rispetto a quello del datore di lavoro.

Il settore della previdenza e sicurezza sociale è stato per la prima volta disciplinato dal regolamento del Consiglio del 14 luglio 1971, n. 1408 il cui ambito di applicazione comprendeva i lavoratori, salariati e non *i*) cittadini di uno Stato membro o *ii*) di un paese terzo, nonché *iii*) gli apolidi/profughi residenti nel territorio di uno degli Stati membri, soggetti alla legislazione di uno o più Paesi UE, *iv*) i loro familiari, *v*) i loro superstiti, qualunque fosse stata la loro nazionalità, nonché *vi*) gli impiegati pubblici e il personale ad essi assimilato secondo la legislazione applicabile. Successivamente, il suddetto atto, codificato dal regolamento del Consiglio del 2 giugno 1983, n. 2001/83, è stato modificato dal regolamento CE n. 883/2004, del Parlamento e del Consiglio, del 29 aprile 2004 il quale ha costituito il “nuovo” punto di riferimento normativo per il coordinamento dei sistemi di previdenza sociale degli Stati membri. La finalità ultima del suddetto atto europeo - confermata nella recente novella normativa apportata dal regolamento del 16 settembre 2009, n. 988/2009, che ha mantenuto l’impianto normativo dell’atto europeo del 2004 - è quella di agevolare

considerevolmente l'esercizio dei diritti sottesi alla libera circolazione all'interno dell'Unione Europea¹⁶⁷, in forza di una maggiore cooperazione richiesta e, dunque, imposta fra le amministrazioni operanti nel settore della previdenza sociale¹⁶⁸. Atteso che il principio caratterizzante tale settore è quello secondo cui il lavoratore è assoggettato ad una sola legislazione nazionale, i richiamati atti normativi prevedono un sistema di norme idoneo a dirimere possibili conflitti normativi e, quindi, ad evitare gli effetti negativi che potrebbero derivare dalla sovrapposizione giuridica di norme di diversi Stati membri. Tale impianto normativo è incentrato sulla regola dello Stato di occupazione del lavoratore: rileva non il luogo dove questo risiede o quello ove è stabilita la casa madre con cui ha sottoscritto il contratto, ma il territorio nei cui confini il dipendente svolge la propria attività lavorativa e, dunque,

¹⁶⁷ Sul punto cfr. Corte di Giustizia, sentenza 3 maggio 1990, causa C-2/89, *Kits van Heijningen*, punto 12; sentenza 16 febbraio 1995, causa C-425/93, *Calle Grenzshop Andresen*, punto 9; sentenza 13 marzo 1997, causa C-131/95, *Huijbrechts*, punto 17; sentenza 11 giugno 1998, causa C-275/96, *Kuusijärv*, punto 28.

¹⁶⁸ Si sottolinea come gli allegati del regolamento (CEE) n. 1408/71 sono stati modificati dal regolamento (CE) n. 592/2008 del Parlamento e del Consiglio, del 17 giugno 2008, riguardante l'esecuzione di misure al fine di tenere conto dell'evoluzione delle legislazioni nazionali.

contribuisce, con il proprio servizio, allo sviluppo dell'economia del Paese in cui è professionalmente localizzato (seppur temporaneamente)¹⁶⁹. Orbene, se la regola dello Stato di occupazione rappresenta il principio portante della normativa in questione, per i lavoratori distaccati viene definita una disciplina *ad hoc*. Sia l'art. 14 del regolamento n. 1408/71 che l'art. 12 del regolamento n. 883/2004 cristallizzano il principio dello "Stato di invio". A determinate condizioni, si applica la legislazione

¹⁶⁹ In tal senso, cfr. l'art. 13, secondo comma, del regolamento n. 1408/71 secondo il quale «a) il lavoratore occupato nel territorio di uno Stato membro è soggetto alla legislazione di tale Stato anche se risiede nel territorio di un altro Stato membro o se l'impresa o il datore di lavoro da cui dipende ha la propria sede o il proprio domicilio nel territorio di un altro Stato membro; b) il lavoratore occupato a bordo di una nave che batte bandiera di uno Stato membro è soggetto alla legislazione di tale Stato; c) gli impiegati pubblici e il personale assimilato sono soggetti alla legislazione dello Stato membro al quale appartiene l'amministrazione da cui essi dipendono; d) il lavoratore chiamato o richiamato alle armi da uno Stato membro conserva la qualità di lavoratore ed è soggetto alla legislazione di tale Stato; se il beneficio di tale legislazione è subordinato al compimento di periodi di assicurazione prima della chiamata alle armi o dopo il congedo dal servizio militare, i periodi di assicurazione compiuti sotto la legislazione di ogni altro Stato membro sono computati, nella misura necessaria, come se si trattasse di periodi di assicurazione compiuti sotto la legislazione del primo Stato». Analogamente l'art. 11 del regolamento n. 883/2004 ripropone lo stesso principio dello Stato di occupazione, ai sensi del quale «una persona che esercita un'attività subordinata o autonoma in uno Stato membro è soggetta alla legislazione di tale Stato membro».

dello Stato in cui è stabilita la sede della società con la quale il lavoratore è contrattualmente vincolato. Ai sensi del richiamato art. 12, la persona che eserciti un'attività subordinata nel territorio dello Stato membro presso un'impresa dalla quale dipenda e risulti distaccato da quest'ultima nel territorio di un altro Stato per svolgervi un'attività di lavoro subordinato per conto della medesima, rimane soggetto alla legislazione del primo, a condizione che la durata prevedibile di tale lavoro non superi i ventiquattro mesi e che la persona non sia inviata in sostituzione di un'altra¹⁷⁰.

L'eccezione alla regola dello Stato di occupazione è contemplata soprattutto per semplificare i possibili problemi burocratici che potrebbero scaturire in situazioni di distacco temporaneo. Con tale disposizione, si vuole tutelare il mercato unico, preservando non solo la libera

¹⁷⁰ Si segnala che il regolamento n. 1408/71 stabiliva solo una differente durata per il distacco del personale che non doveva superare i dodici mesi. Si prevedeva che «la persona che esercita un'attività subordinata nel territorio di uno Stato membro presso un'impresa dalla quale dipende normalmente ed è distaccata da quest'impresa nel territorio di un altro Stato membro per svolgervi un lavoro per conto della medesima, rimane soggetta alla legislazione del primo Stato membro, a condizione che la durata prevedibile di tale lavoro non superi i dodici mesi e che essa non sia in sostituzione di un'altra persona giunta al termine del suo periodo di distacco».

circolazione dei lavoratori subordinati ma anche e soprattutto la circolazione dei servizi prestati da quelle società la cui attività si sostanzia nel fornire personale ad altre aziende¹⁷¹.

La disposizione *de qua*, così come formulata, ha prestato il fianco ad un utilizzo improprio. Dal momento che, per i lavoratori temporaneamente distaccati, è previsto l'assoggettamento alla legge dello Stato di invio, alcune imprese, al fine di usufruire di un sistema previdenziale più favorevole, non hanno tardato a stabilirsi in tali ordinamenti per realizzare il loro *core business*, *i.e.* l'invio del personale, sotto forma di prestazioni di servizi e, così facendo, applicare la disciplina dello Stato di invio e non di quello di effettiva occupazione, aggirando di fatto la disciplina previdenziale dello Stato in cui i lavoratori venivano inviati, attraverso il diritto UE. Tali fattispecie, inoltre, si sono manifestate in tutta la loro pericolosità in

¹⁷¹ Sul punto cfr., su tutti, GULOTTA, *Circolazione dei lavoratori di Paesi terzi alle dipendenze di imprenditori comunitari e libera prestazione dei servizi*, in NASCIMBENE, *La libera circolazione*, op. cit., 1998, p. 160 ss.; VIARENGO, *La legge applicabile al lavoratore distaccato in un altro Stato membro nell'ambito di una prestazione di servizi*, in NASCIMBENE, *La libera circolazione dei lavoratori: trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, Milano 1998, p. 175 ss.

quanto la normativa in questione non contemplava alcun tipo di meccanismo o, comunque, di clausola che potesse arginare i suddetti fenomeni.

A tal proposito, la lacuna del sistema normativo in materia di sicurezza e di previdenza sociale è stata colmata dall'intervento della Corte di Giustizia che, con la sentenza *FTS* del 2000¹⁷², ha preso in considerazione un caso analogo a quello prospettato. La società di diritto irlandese *FTS* forniva lavoratori a tempo determinato per aziende di diritto olandese, stabilite in Olanda. L'organo di controllo olandese del settore previdenziale non considerava legittimo il comportamento della suddetta società che, invece di applicare la disposizione dello Stato di occupazione, assoggettava i dipendenti, quivi inviati, alla legislazione nazionale irlandese, utilizzando la deroga prevista per i lavoratori temporaneamente distaccati, sfruttando, così, il *favor* della disciplina nazionale di insediamento della società. La contestazione si fondava sul fatto che, secondo l'ente olandese, non erano presenti i due requisiti per poter usufruire della deroga: a) l'esistenza di un vincolo necessario tra l'impresa di lavoro temporaneo e

¹⁷² Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 10 febbraio 2000, causa C-202/97, *FTS*.

il lavoratore distaccato, in quanto quest'ultimo doveva normalmente far parte dell'impresa che lo aveva distaccato nel territorio di un altro Stato membro; *b*) la relazione economica tra l'impresa di lavoro temporaneo e lo Stato membro in cui quest'ultima era stabilita. A tal proposito, partendo dall'assunto che *«l'eccezione in base alla quale è consentito derogare alla regola dello Stato di occupazione nel caso di lavoratori temporaneamente distaccati si applica soltanto ai lavoratori assunti da imprese che esercitano normalmente la loro attività nel territorio dello Stato nel quale sono stabilite»*¹⁷³ i giudici hanno chiarito il significato della locuzione *«esercitare normalmente l'attività nel territorio dello Stato nel quale sono stabilite»*. La Corte afferma, *in primis*, che con tale perifrasi si è soliti indicare tutte quelle circostanze per le quali l'impresa in questione svolga in maniera effettiva, ovvero preponderante, la propria attività nel luogo di insediamento radicandosi, quindi, nel substrato economico e sociale dello Stato di riferimento. Lo scopo ultimo è quello di arginare il fenomeno delle cd. imprese buche delle lettere, cioè quelle realtà aziendali che, prive di

¹⁷³ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 17 dicembre 1970, causa C-35/70, *Manpower*, punto 16.

qualunque legame con il luogo di insediamento, abusano della legislazione europea per eludere la disciplina nazionale più rigorosa e stringente. A tal proposito sono stati enucleati una serie di criteri atti a smascherare i fenomeni in questione, al fine di preservare l'esatta applicazione della disciplina europea. Al punto 43 della sentenza vengono presi in considerazione il luogo della sede dell'impresa e della sua amministrazione; l'organico del personale amministrativo collocato, rispettivamente, nello Stato membro di stabilimento e nell'altro Stato membro; il luogo in cui i lavoratori distaccati sono assunti e quello in cui vengono stipulati per la maggior parte i contratti con i clienti; la legge applicabile ai contratti di lavoro stipulati dall'impresa con i suoi lavoratori, da un lato, e con i suoi clienti, dall'altro, nonché il fatturato realizzato durante un periodo sufficientemente rappresentativo in ciascuno Stato membro considerato. La Corte, quindi, nell'individuare puntuali criteri per scongiurare l'applicazione impropria del diritto europeo nel settore previdenziale, legato sia alla libera circolazione dei lavoratori che alla libera circolazione dei servizi, focalizza l'attenzione sulla dimensione oggettiva del problema. Nel momento in cui la società di riferimento

non presenti le caratteristiche richieste per poter usufruire della deroga *supra* indicata, allora si sostanzia l'abuso del diritto UE. In tale contesto, la dimensione soggettiva non viene presa in considerazione né dal legislatore, né tantomeno dalla giurisprudenza. Ciò che conta è la mancanza di effettività dell'attività che si rivela nel mancato collegamento con il Paese di insediamento della società che, fittiziamente, si stabilisce in un territorio a legislazione meno rigida per sfruttarla, impropriamente, e raggiungere i propri scopi.

Analizzando attentamente sia la disciplina legislativa che i criteri elaborati dalla Corte per tutelare la corretta applicazione del diritto UE, sembra non trovare spazio l'intenzionalità di colui che agisce. Anzi, è possibile enucleare una sorta di "equazione giuridica" secondo la quale in mancanza dei requisiti *supra* menzionati, la condotta debba ritenersi in contrasto con la disciplina nazionale in questione poiché abusiva.

Detto ciò, in tale settore, il piano soggettivo non sembra assumere particolare rilevanza. Forse tale conseguenza può essere ricondotta all'attività della Corte che, individuando specifiche circostanze che, se integrate, rivelano l'esistenza di un comportamento abusivo, ha ritenuto

superfluo analizzare un aspetto come quello dell'intenzionalità che, proprio per l'immediatezza delle fattispecie prese in considerazione, si dovrebbe ritenere sussistente.

Sul piano normativo preme evidenziare che il legislatore avrebbe dovuto guardare con maggiore favore quanto elaborato dalla Corte di Giustizia in tema di strumenti volti a prevenire e a contrastare fenomeni cd. abusivi. Non facendo riferimento a tali criteri nell'impianto normativo degli atti *supra* menzionati ma soprattutto non richiamando la giurisprudenza in questione, la disciplina sulla previdenza sociale appare priva di quella coerenza necessaria che avrebbe garantito un salto di qualità nella regolamentazione di tale branca del diritto.

2.4. Le clausole abusive in ambito contrattuale.

La problematica dell'abuso del diritto UE non può prescindere da un'analisi della disciplina contrattuale, in particolar modo quella relativa alla tutela delle parti in costanza di clausole abusive (o vessatorie) apposte in un negozio giuridico. Sebbene la materia contrattuale sia stata caratterizzata inizialmente solo dall'intervento normativo

degli Stati membri, a partire dagli anni '90 il legislatore europeo è intervenuto in maniera preponderante nel tentativo di arginare l'utilizzo improprio degli atti e dei negozi giuridici a tutela dei consumatori.

La direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993, intitolata «*le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*», è stato il primo vero intervento finalizzato ad armonizzare le disposizioni nazionali relative alle clausole abusive inserite in un contratto siglato tra consumatore e professionista¹⁷⁴. L'atto europeo, che si compone di soli undici articoli, è estremamente puntuale sul tema in questione. L'articolo 3, nn. 1 e 2, definisce abusiva la clausola che non è stata oggetto di singola contrattazione in quanto il consumatore ha dovuto accettare la stessa senza poter opinare alcunché a riguardo. Lo stesso articolo 3, n. 3, richiamando l'allegato I alla direttiva, prevede una

¹⁷⁴ Sul punto cfr. ALPA, *L'applicazione della direttiva sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori: primo bilancio*, in *Riv. trim econ. e dir.*, 2000, p. 773 ss.; GRAZIUSO, *L'ultima giurisprudenza della Corte di giustizia sul recepimento della direttiva n. 93/13/Cee in materia di clausole abusive*, in *Dir. comun. e degli scambi int.*, 2002, p. 737 ss.; MARTIN, *La revisione del diritto europeo del consumatore: l'attuazione nei Paesi membri della direttiva sulle clausole abusive (93/13/CEE) e le prospettive d'ulteriore armonizzazione*, in *Contr. e impresa eur.*, 2007, p. 696 ss.

serie di ipotesi in cui la clausola apposta, avendo la finalità di vessare la parte più debole, può essere definita abusiva¹⁷⁵. L'atto, prevedendo la nullità di tali postille, nel

¹⁷⁵ Vengono considerate abusive le clausole che hanno come effetto ultimo quello di: *a)* escludere o limitare la responsabilità giuridica del professionista in caso di morte o lesione personale del consumatore, risultante da un atto o da un'omissione di tale professionista; *b)* escludere o limitare impropriamente i diritti legali del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di totale o parziale inadempimento o di adempimento difettoso da parte del professionista di un qualsiasi obbligo contrattuale, compresa la possibilità di compensare un debito nei confronti del professionista con un credito esigibile dallo stesso; *c)* prevedere un impegno definitivo del consumatore mentre l'esecuzione delle prestazioni del professionista è subordinata ad una condizione il cui adempimento dipende unicamente dalla sua volontà; *d)* permettere al professionista di trattenere somme versate dal consumatore qualora quest'ultimo rinunci a concludere o a eseguire il contratto, senza prevedere il diritto per il consumatore di ottenere dal professionista un indennizzo per un importo equivalente qualora sia questi che recede dal contratto; *e)* imporre al consumatore che non adempie ai propri obblighi un indennizzo per un importo sproporzionatamente elevato; *f)* autorizzare il professionista a rescindere a sua discrezione il contratto qualora la stessa facoltà non sia riconosciuta al consumatore, nonché permettere al professionista di trattenere le somme versate quale corrispettivo per le sue prestazioni non ancora fornite, qualora sia il professionista che rescinde il contratto; *g)* autorizzare il professionista a porre fine senza un ragionevole preavviso ad un contratto di durata indeterminata, tranne in caso di gravi motivi; *h)* prorogare automaticamente un contratto di durata determinata in assenza di manifestazione contraria del consumatore qualora sia stata fissata una data eccessivamente lontana dalla scadenza del contratto quale data limite per esprimere la volontà del consumatore di non prorogare il contratto; *i)* constatare in modo

rispetto dei diritti nazionali, attribuisce alle autorità giudiziarie statali il potere di riqualificare la situazione giuridica che si era instaurata successivamente al contratto,

irrefragabile l'adesione del consumatore a clausole di cui egli non ha avuto di fatto possibilità di prendere conoscenza prima della conclusione del contratto; *j*) autorizzare il professionista a modificare unilateralmente le condizioni del contratto senza valido motivo specificato nel contratto stesso; *k*) autorizzare il professionista a modificare unilateralmente, senza valido motivo, alcune caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire; *l*) stabilire che il prezzo dei beni sia determinato al momento della consegna, oppure permettere al venditore di beni o al fornitore di servizi di aumentare il prezzo senza che, in entrambi i casi, il consumatore abbia il diritto corrispondente di recedere dal contratto se il prezzo finale è troppo elevato rispetto al prezzo concordato al momento della conclusione del contratto; *m*) permettere al professionista di stabilire se il bene venduto o il servizio prestato è conforme a quanto stipulato nel contratto o conferirgli il diritto esclusivo di interpretare una clausola qualsiasi del contratto; *n*) limitare l'obbligo del professionista di rispettare gli impegni assunti dai suoi mandatarî o assoggettare i suoi impegni al rispetto di una particolare formalità; *o*) obbligare il consumatore ad adempiere ai propri obblighi anche in caso di eventuale mancato adempimento degli obblighi incombenti al professionista; *p*) prevedere la possibilità per il professionista di cedere a terzi il contratto senza l'accordo del consumatore, qualora ne possano risultare inficcate le garanzie per il consumatore stesso; *q*) sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali o vie di ricorso del consumatore, in particolare obbligando il consumatore a rivolgersi esclusivamente a una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche, limitando indebitamente i mezzi di prova a disposizione del consumatore o imponendogli un onere della prova che, ai sensi della legislazione applicabile, incomberebbe ad un'altra parte del contratto.

ripristinando lo *status quo ante* e tutelare, così, la parte più debole del rapporto giuridico.

Di particolare importanza è l'art. 7 il quale individua il *modus operandi* per definire, di volta in volta, quando una clausola debba essere considerata vessatoria e, quindi, nulla. La richiamata disposizione recita testualmente che «*il carattere abusivo di una clausola contrattuale è valutato tenendo conto della natura dei beni o servizi oggetto del contratto e facendo riferimento, al momento della conclusione del contratto, a tutte le circostanze che accompagnano detta conclusione e a tutte le altre clausole del contratto o di un altro contratto da cui esso dipende*».

Alla luce di ciò, preme sottolineare lo sforzo fatto dal legislatore che ha voluto tutelare, da un lato, il corretto esercizio dell'autonomia contrattuale, e dall'altro, la posizione del consumatore, reso parte debole dall'esercizio improprio di tale libertà. Come noto, l'autonomia contrattuale rappresenta quel peculiare potere che permette ad un singolo di realizzare “liberamente” e sulla base di un'intesa con un altro soggetto uno o più interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento. Nel momento in cui, però, una delle parti appone una clausola abusiva, automaticamente la richiamata libertà risulta

esercitata oltre misura, poiché restringe o limita impropriamente la posizione giuridica della controparte. Individuando i presupposti in costanza dei quali una clausola possa ritenersi illegittima, si è stabilito il limite entro il quale esercitare correttamente l'autonomia contrattuale, con il fine ultimo di tutelare tutti quei soggetti incisi negativamente dal maldestro utilizzo della richiamata libertà. Difatti, l'abusività della condizione sussiste sia nel fatto che il consumatore non sia stato coinvolto al momento dell'apposizione della stessa al contratto - inibendo, quindi, sul nascere ogni sua volontà contraria - sia nel suo carattere vessatorio tale da determinare la situazione di debolezza del consumatore stesso. L'indagine, dunque, dovrà essere condotta in maniera ampia, prendendo in considerazione l'oggetto del contratto, nonché tutte le circostanze che hanno caratterizzato la conclusione dello stesso, compresi i negozi giuridici stipulati e collegati a quello caratterizzato dalla clausola illegittima.

Sulla scia di tale atto, è stata emanata la direttiva 1999/70/CE del 28 giugno 1999 relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato. Il legislatore ha dedicato un'apposita sezione

al fenomeno dell'abuso nell'ambito dei contratti di lavoro. La clausola n. 5, intitolata «*Misure di prevenzioni agli abusi*», stabilisce che per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti a rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali e a norma delle leggi, dei contratti collettivi e delle prassi nazionali, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in modo che si tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie speciali di lavoratori, una o più misure relative a: *a)* ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; *b)* la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; *c)* il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.

Detto ciò, nell'ambito della disciplina contrattuale europea, è necessario, allo stesso tempo, prendere in considerazione quanto è emerso dal documento di *soft law* relativo ai *Principles of the Existing EC Contract Law*¹⁷⁶,

¹⁷⁶ Cfr. *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contact I*, Munchen, European Law Publishers, 2007; LANDO, *Principles of European Contract Law, Parts I and II Combined and Revised*, The Hague, 2000; LANDO, *Principles of European Contract Law, Part III*, The Hague, 2003.

redatto dal *Research Group on the Existing EC Private Law*, cd. *Acquis Group*. Tale consesso, fondato nel 2002 e costituito attualmente da circa quaranta giuristi rappresentanti i ventisette Stati membri, ha come obiettivo quello di provvedere all'armonizzazione del diritto europeo, relativamente alla disciplina contrattuale¹⁷⁷. Sebbene in tale atto non vi sia un riferimento esplicito al divieto dell'abuso del diritto UE, attraverso una lettura delle previsioni contenute nel suddetto documento in uno con le relative spiegazioni e riconducendo quest'ultimo nell'alveo della buona fede intercorrente tra le parti contraenti, è possibile ricavare considerazioni di particolare rilevanza¹⁷⁸.

L'art. 2:101 degli *Acquis Principles* impone un generale obbligo in capo alle parti di agire secondo buona fede nella fase della contrattazione preliminare. La richiamata disposizione deve essere letta alla luce dei molteplici riferimenti normativi volti a regolamentare il rapporto tra

¹⁷⁷ Per reperire tutte le informazioni concernenti la continua attività dell'*Acquis Group*, consultare il sito internet <http://www.acquisgroup.jura>

¹⁷⁸ Sul punto cfr. LENAERTS, *The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law*, in *Eur. rev. priv. law*, 2010, p. 1121 ss.

le parti nel momento in cui il negozio giuridico è posto in essere. In particolar modo, l'art. 7:101 prevede l'obbligo in capo al debitore di soddisfare l'obbligazione che sorge a suo carico secondo buona fede. A ciò si aggiunga l'art. 7:102 che, rubricato «*Good faith in the exercise of rights*»¹⁷⁹, contempla uno specifico obbligo a carico, questa volta, dei creditori, i quali dovranno agire secondo buona fede per garantire l'adempimento da parte del debitore. Le siffatte disposizioni sono completate da altri due incisi normativi: l'art. 7:103 impone un dovere di lealtà in capo al debitore il quale, nell'eseguire l'azione prevista, dovrà soddisfare gli interessi che caratterizzano la sfera giuridica del creditore; l'art. 7:104, infine, impone un obbligo di cooperazione intercorrente tra le parti del rapporto giuridico in modo tale che, sulla base di tale intesa, l'azione sottesa all'obbligazione venga posta in essere, al fine sia di soddisfare l'interesse del creditore sia di sciogliere il vincolo giuridico che lega il debitore all'altra parte del rapporto in questione.

Tanto premesso, nelle note esplicative ai suddetti articoli contenuti nell'*Acquis Principles*, vi è un esplicito richiamo

¹⁷⁹ Art. 7:102 «the creditor must exercise its rights to performance and remedies for non-performance in accordance with good faith».

al problema del divieto dell'abuso del diritto. *In primis*, il commento all'art. 2:101, stabilendo, testualmente, che «*l'esercizio abusivo di un diritto ricade nell'ambito dell'art. 2:101 dei Acquis Principles*», individua l'abuso del diritto in quel particolare comportamento che non dovrebbe caratterizzare il rapporto precontrattuale che si instaura tra le parti. Inoltre, le spiegazioni all'art. 7:102 stabiliscono che tale disposizione, dal momento che postula la buona fede non solo quale principio primo sul quale si deve adagiare la condotta del creditore ma anche quale limite funzionale all'esercizio dei diritti derivanti da un rapporto giuridico, deve essere qualificata in termini di «*general rule preventing the abus de droit*».

Dal commentario, emerge che la situazione abusiva si configura quando l'esercizio della facoltà sottesa al diritto si pone in contrasto con la regola di buona fede sulla quale si articola il rapporto giuridico tra le parti, non trovando tale comportamento nessuna giustificazione plausibile. Alla luce di ciò, emerge come, nel negozio giuridico, sia il creditore che il debitore possano agire in maniera abusiva, *i.e.* in assenza di lealtà e buona fede, qualora le rispettive azioni non siano tese a soddisfare a pieno l'interesse dell'altro, ma anche quando venga a mancare quella

necessaria cooperazione affinché tanto una parte quanto l'altra possa vedere il proprio interesse appagato. Ma vi è di più in quanto l'abuso si manifesta anche nella fase precontrattuale, ossia quando le parti vengono in contatto al fine di individuare il modo più adeguato per realizzare, tramite il futuro negozio, i rispettivi interessi. Difatti, anche in tale fase, i soggetti devono comportarsi in modo da garantire che le successive azioni siano tese alla piena realizzazione delle reciproche posizioni giuridiche le quali, essendo poste sullo stesso piano, devono essere equamente soddisfatte.

Dal suddetto quadro sistematico risulta che, nel settore della disciplina contrattualistica UE, il divieto di abuso del diritto assume rilevanza giuridica in quanto applicazione del principio di buona fede, *i.e.* valore assoluto della tradizione giuridica occidentale che permea tanto la fase contrattuale quanto quelle precontrattuale e che si concretizza nell'inconsapevolezza del danno che si sta procurando ad altri con la propria azione o del fatto che si sta contravvenendo a delle regole o che le si stanno, *de facto*, aggirando per raggiungere scopi non contemplati dalle stesse disposizioni normative.

2.5. *Il concetto di abuso nel diritto tributario europeo.*

La normativa fiscale presenta una serie di clausole anti-abuso dal tenore fortemente omogeneo, la cui caratteristica comune può essere rinvenuta nel potere attribuito alle autorità nazionali di disconoscere i benefici che derivano dall'applicazione distorta delle disposizioni di tale settore¹⁸⁰.

In primo luogo è doveroso prendere in considerazione la direttiva n. 77/388/CEE del 17 maggio 1977, cd. Sesta Direttiva IVA, il cui obiettivo è stato quello di garantire l'instaurazione e il funzionamento del sistema comune

¹⁸⁰ Sul punto cfr. AA.VV., *Materiali di diritto tributario internazionale*, Milano, 2002; AA.VV., *Fiscalità Sovranazionale. Guida al diritto tributario comunitario. Profili fiscali internazionali e comparati. Tassazione dell'impresa multinazionale*, in *Il Sole 24Ore*, Milano, 2010, p. 227 ss.; DRAGONETTI, PIACENTINI, SFONDRINI, *Manuale di fiscale internazionale*, Milano, 2010, p. 219 ss.; GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, Milano, 2005, p. 547 ss.; UCKMAR, *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2005, p. 813 ss.; VALENTE, BORIA, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2010, p. 240 ss.

dell'imposta sul valore aggiunto¹⁸¹. In particolare, l'art. 27, par. 1 della richiamata disciplina prevede che il Consiglio

¹⁸¹ La richiamata imposta trova applicazione con riferimento a tutte le cessioni di beni e le prestazioni di servizi effettuate a titolo oneroso all'interno dello Stato da un soggetto passivo che agisce in quanto tale, nonché per le importazioni di beni. Fin dalla sua istituzione, l'IVA è stata definita dalla giurisprudenza comunitaria come una «imposta generale sui consumi», ovvero un'imposta reale, che colpisce le cessioni di beni e le prestazioni di servizi poste in essere da determinate categorie di soggetti. L'obiettivo del legislatore europeo, *i.e.* la definizione di un'imposizione generale sui consumi, è stato perseguito mediante la previsione della tassazione delle operazioni imponibili nello Stato in cui presumibilmente si attua il consumo delle merci stesse, cosicché il tributo possa incidere esclusivamente sul consumatore finale il quale non può traslare su altri l'onere fiscale. Il luogo in cui l'operazione si considera effettuata, che coincide con il luogo di applicazione dell'imposta, viene individuato dal legislatore sovranazionale attraverso una serie di criteri territoriali, differenti a seconda che si tratti di cessioni di beni o di prestazioni di servizi. Mentre il criterio relativo alle cessioni di beni è rimasto ancorato al luogo della stipula del contratto per i beni immobili ovvero della consegna o della spedizione per i beni mobili, quelli concernenti le prestazioni di servizi sono stati, di volta in volta, modificati in numerose occasioni dal legislatore. Nella disciplina originaria dell'imposta, per le prestazioni di servizi, il luogo di tassazione era individuato con esclusivo riferimento al «luogo di utilizzazione», in linea con la natura dell'IVA quale imposta sui consumi. Tale criterio era previsto dall'art. 6, comma terzo, della II direttiva IVA, per la generalità delle prestazioni mentre l'individuazione del requisito territoriale era rimessa alla discrezionalità degli Stati. A causa della mancata armonizzazione dei criteri di collegamento territoriale, la predetta norma non permetteva, in molti casi, di stabilire quale fosse il luogo di utilizzo del servizio, con il conseguente verificarsi di frequenti fenomeni di doppia imposizione e di doppia non tassazione. Alla luce di ciò, la

possa riconoscere agli Stati membri la facoltà di derogare alle proprie disposizioni al fine ultimo di evitare frodi o evasioni fiscali, in virtù dell'applicazione della stessa

richiamata direttiva è stata, nel corso degli anni, oggetto di numerose modifiche od integrazioni. Da ultimo è necessario segnalare le innovazioni apportate dalla direttiva n. 2006/112/CE del 28 novembre 2006, pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'UE, n. 347 dell'11 dicembre 2006, che ha sostituito quella del 1977. Il richiamato atto europeo origina da un processo di "rifusione" e di rielaborazione della sesta direttiva IVA, al fine di armonizzare, semplificare e modernizzare le precedenti norme, diventate di difficile lettura ed applicazione.

La direttiva 2006/112/CE si compone di ben 414 articoli, rispetto ai 38 della versione precedente. L'inserimento di nuovi articoli è il frutto di quella peculiare opera di ristrutturazione finalizzata ad una più dettagliata ripartizione delle diverse disposizioni che precedentemente costituivano articoli molto lunghi e complessi. A seguito del suddetto processo di rifusione, il Consiglio UE si è limitato ad apportare poche modifiche sostanziali, correggendo eventuali errori nonché divergenze linguistiche. Tra le richiamate modifiche particolare interesse riveste la disciplina della territorialità relativa a determinate prestazioni di servizi rese dagli intermediari (art. 44 nuova versione). L'atto europeo stabilisce che le prestazioni rese da questi soggetti si considerano localizzate nel luogo in cui è effettuata l'operazione principale intermediata.

Infine, preme sottolineare l'ultimo intervento legislativo in materia: la direttiva n. 2008/8/CE del 12 febbraio 2008, che ha ridefinito la regolamentazione della territorialità ai fini IVA per le prestazioni di servizi. Entrata in vigore il 1° gennaio 2010, tale provvedimento ha modificato i criteri per stabilire il luogo in cui si considera *ex lege* effettuata la prestazione imponibile ai fini dell'imposta sul valore aggiunto. Per una trattazione più esaustiva, sul punto cfr. PAROLINI, *Commenti a margine sulla Dottrina dell'abuso del diritto applicata all'imposta sul valore aggiunto*, in MAISTO (a cura di), *Elusione e abuso del diritto tributario*, in *Quad. dir. trib.*, 2009, Milano, p. 407 ss.

disciplina UE. Lo Stato membro è legittimato ad introdurre nel proprio sistema tributario specifiche disposizioni anti-abuso anche se tale facoltà è soggetta ad una procedura rafforzata. Infatti, si vuole evitare che questa particolare disposizione interna possa costituire uno strumento volto a disapplicare, nella sostanza, l'intera disciplina UE. Le eventuali misure nazionali dovranno non solo essere necessariamente ed obbligatoriamente notificate alla Commissione ma anche essere corredate da un apposito studio che evidenzi i dati relativi all'impatto che tale deroga potrebbe avere sia sul piano nazionale che su quello sovranazionale. La Commissione avrà l'obbligo di informare, entro un mese dalla notifica della misura, gli altri Stati membri e l'autorizzazione sarà accordata o in forza di un provvedimento che attesti la legittimità dell'intervento nazionale o in caso di silenzio – assenso da parte della Commissione e degli Stati membri che non richiedano l'intervento da parte del Consiglio, in formazione ECOFIN, per valutare la conformità della misura introdotta a livello nazionale.

La *ratio* della disciplina IVA, in tema di abuso del diritto, è stata mutuata dalla direttiva n. 90/434/CEE del 23

luglio 1990¹⁸², relativa al regime comune delle riorganizzazioni societarie, *i.e.* fusioni, scissioni, conferimenti d'attivo e scambi di azioni concernenti società di Stati membri diversi. L'atto europeo in questione ha istituito il principio della neutralità fiscale delle richiamate operazioni societarie: nessuna di queste genererà alcuna forma di tassazione delle plusvalenze -

¹⁸² Si evidenzia che le direttive 2005/19/CE del 17 febbraio 2005 e 2009/133/CE del 19 ottobre 2009 hanno modificato la suddetta direttiva 90/434/CEE con l'intento di migliorare il regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi. Le integrazioni hanno riguardato: a) l'estensione dell'ambito di applicazione della Direttiva alle scissioni che non comportino lo scioglimento della società che trasferisce determinati rami di attività, ai trasferimenti della sede sociale di una società europea (SE) o di una società cooperativa europea (SCE) da uno Stato membro all'altro, e ad altri tipi di società, in particolare alle SE, alle SCE e alle entità considerate trasparenti sotto il profilo fiscale; b) la possibilità per gli Stati membri di non applicare le disposizioni della direttiva quando essi tassano un azionista diretto o indiretto di talune società soggette ad imposta; c) la chiarificazione dell'applicazione delle norme alle operazioni di trasformazione di filiali in consociate; d) la modifica della definizione dello scambio di azioni.

Inoltre, la disciplina in questione ha visto un'ulteriore integrazione a seguito della promulgazione della direttiva 2006/98/CE del 20 novembre 2006 che ha adeguato ed esteso la disciplina delle operazioni straordinarie alla Bulgaria e alla Romania, la cui adesione all'UE è avvenuta in data 1° gennaio 2007. Sul punto cfr. LARKING, *The Merger Directive: Will it work*, in *Eur. tax.*, 1990, p. 364 ss.

determinate per differenza fra il valore reale degli elementi dell'attivo e del passivo trasferiti e il loro valore fiscale - che risulteranno a seguito dell'operazione in questione, ma la tassazione si sostanzierà solo ed esclusivamente quando tali componenti di reddito saranno di fatto realizzati con una successiva operazione rilevante a fini fiscali¹⁸³. In particolare, l'art. 11, comma primo, lett. a) attribuisce agli Stati membri il potere di rifiutare l'applicazione della direttiva, e quindi di revocarne i benefici, qualora «*le operazioni in essa contemplate abbiano come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscale*». L'atto europeo non si limita solamente a riconoscere il suddetto potere, lasciando agli organi giurisdizionali interni un'ampia discrezionalità nello stabilire, di volta in volta, le finalità per le quali le operazioni sono state poste in essere, ma svela un importante criterio di valutazione alla luce del quale un'operazione possa essere qualificata abusiva. L'art. 11, difatti, prosegue affermando che «*il fatto che una delle operazioni di cui all'art. 1 non sia effettuata per valide ragioni economiche, quali la ristrutturazione o la*

¹⁸³ Sul punto cfr. ZEPILLI, *Fusione intracomunitaria e principio di neutralità*, in *Corr. trib.*, 2009, p. 943 ss.

razionalizzazione delle attività delle società partecipanti all'operazione, può costituire la presunzione che quest'ultima abbia come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscale».

Infine, anche la direttiva 90/435/CEE del 23 luglio 1990¹⁸⁴, relativa al regime comune impositivo delle

¹⁸⁴ La direttiva ha come obiettivo l'eliminazione della doppia imposizione sulla distribuzione degli utili alla casa madre da parte delle consociate estere. Tale fenomeno si verifica quando detti utili sono assoggettati, una prima volta, all'imposta nello Stato della società figlia – ciò può avvenire sia rispetto all'imposta sulle società in quanto redditi realizzati in tale Stato, sia in relazione alla ritenuta alla fonte, in quanto utili distribuiti) e, successivamente, nello Stato in cui la casa madre ha la sede. In base alla disciplina in parola, le distribuzioni di utili da parte di società figlie alla società madre, avente domicilio fiscale in un altro Stato membro, sono disciplinate secondo il seguente schema: a) lo Stato della società madre si astiene dal sottoporre gli utili ad imposizione ovvero autorizza la società madre a dedurre dall'imposta dovuta la frazione dell'imposta pagata dalla società figlia a fronte dei suddetti utili nel limite dell'imposta nazionale corrispondente; b) nello Stato della società figlia, gli utili distribuiti alla società madre, quando quest'ultima detiene una partecipazione minima del 25% nel capitale della società figlia, sono esenti dalla ritenuta alla fonte. Con riferimento al regime fiscale applicabile, lo Stato della società madre ha facoltà di scegliere se astenersi dal sottoporre ad imposizione gli utili distribuiti, ovvero riconoscere il credito d'imposta sull'imposta versata dalla società figlia. Si precisa che il credito d'imposta contemplato dalla Direttiva è di tipo ordinario, essendo limitato all'ammontare dell'imposta nazionale corrispondente agli utili distribuiti. È possibile che il credito d'imposta previsto non sia idoneo ad eliminare completamente la doppia imposizione. Ciò potrebbe accadere nel caso in cui

distribuzioni di dividendi tra società madre e società figlia, contiene una disposizione volta ad arginare l'utilizzo improprio della normativa UE. L'art. 1, par. 2 del suddetto atto europeo si limita ad affermare che la normativa di armonizzazione fa salva «*l'applicazione di disposizioni nazionali o convenzionali necessarie ad evitare le frodi o gli abusi*».

Tanto premesso, preme sottolineare che il riferimento alla frode o all'evasione fiscale non deve intendersi limitato solo alle azioni che hanno come diretta conseguenza la sottrazione di un gettito erariale nei confronti dello Stato. L'obiettivo ultimo di queste

l'importo del credito riconosciuto nello Stato della casa madre sia inferiore all'imposta effettivamente versata dalla società figlia. Sul punto cfr. AVELLA, *Antiabuso e direttive madre-figlia e interessi e royalties*, in MAISTO (a cura di), *Elusione e abuso del diritto tributario*, op. cit., p. 339 ss.; DEL SOLE, *L'armonizzazione dell'imposizione societaria nell'Unione europea*, in *Fisc. inter.*, 2004, p. 135 ss.; DEL VAGLIO, *Note minime sulla nozione di "ritenuta alla fonte" di cui alla direttiva Cee cd. "società madri e figlie" secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, p. 22 ss.; GAMMIE, *EU Taxation and the societates europaea – Harmless creature of Trojan horse*, in *Eur. tax.*, 2004, p. 35 ss.; MAISTO, *Il regime tributario dei dividendi nei rapporti tra società madri e società figlie*, Milano, 1996, p. 17 ss.; MIELE, *Considerazioni sulle modifiche alla direttiva "madri" e "figlie"*, in *Corr. trib.*, 2005, p. 2670 ss.; SORESEN, *Company tax reform in the European Union*, in *Int. tax and publ. fin.*, 2004, p. 11 ss.; VASAPOLLI A., VASAPOLLI G., *Dividendi distribuiti da società figlie residenti nell'UE*, in *Corr. trib.*, 2000, p. 2969 ss.

disposizioni è quello di evitare qualunque forma di abuso della disciplina UE. Ciò si ricava dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁸⁵ che, a più riprese, ha chiarito come il termine abuso ricomprenda le situazioni di ottenimento di un indebito beneficio che scaturisce dall'applicazione impropria della normativa europea e non solo quelle circostanze di vera e propria evasione o frode fiscale. Secondo i giudici il sottrarsi al sistema impositivo nazionale per mezzo della disciplina europea, in assenza di una valida ragione che possa giustificare ciò, rappresenta la dimostrazione più eclatante di che cosa voglia dire abusare del diritto europeo soprattutto quando tale comportamento si sostanzia per lo Stato in qualcosa di tangibile, ossia la perdita di gettito erariale. Ciò rappresenta quella divergenza tra finalità della disposizione UE e comportamento posto in essere in forza di tale disciplina su cui si innesta la circostanza abusiva. Proprio alla luce di ciò trovano applicazione quelle misure nazionali anti-abuso volte a tutelare l'ordinamento giuridico di riferimento. A tal proposito la Corte non solo

¹⁸⁵ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 17 luglio 1997, C-28/95, *Leur-Bloem*; sentenza 10 aprile 1984, causa C-324/82, *Commissione c. Belgio*; sentenza 3 luglio 1997, causa C-330/95, *Goldsmith Jewellers*.

individua le caratteristiche in presenza delle quali una disposizione interna restrittiva possa essere compatibile con il diritto UE ma anche quando questa possa estrinsecare la propria efficacia. Difatti, l'applicazione della normativa in questione, oltre tutelare ragioni di interesse generale, risulta subordinata all'intervento dell'interprete, *i.e.* il giudice, il quale, dovrà valutare attentamente se il comportamento posto in essere possa risultare effettivamente abusivo, ossia contrario alla finalità che permea la disciplina europea in danno, dunque, al sistema nazionale¹⁸⁶.

Un aspetto degno di nota è quel particolare criterio di valutazione, *i.e.* le valide ragioni economiche, individuato per valutare la natura abusiva di un comportamento. Anche in tal caso lo sforzo del legislatore non è da sottovalutare. Proprio alludendo alla necessità che le operazioni economiche devono essere poste in essere in ragione di motivazioni che non contemplano solo ed esclusivamente l'aspetto tributario, ha fornito all'interprete un valido

¹⁸⁶ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 18 dicembre 1997, cause riunite C-286/94, C-340/95, C-401/95 e C-47/96, *Garage Molenheide et aa.*; sentenza 29 ottobre 1999, causa C-55/98, *Skatteministeriet c. Bent Vestergaard*. Sul punto cfr. PINTO, *La libera prestazioni di servizi tra restrizioni procedurali e giustificazioni*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, p. 89 ss.

strumento per considerare le attività realizzate, obbligando, quindi, l'operatore economico a realizzare operazioni effettive e non artefatte. Così facendo, è stato, dunque, indicata la via da seguire dai singoli i quali, pur essendo legittimati a compiere operazioni di un certo calibro e a sfruttare i vantaggi offerti dal sistema europeo, non possono dar vita a situazioni che si presentano e sono in antitesi con il sistema in cui operano, poiché prive di interessi reali (e non caratterizzate solo da quelli fiscali).

3. L'abuso nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea: i conflitti di competenza giurisdizionale nelle obbligazioni contrattuali.

L'ultimo tassello dell'indagine riguarda la nozione di abuso nel diritto internazionale privato UE. Sebbene il legislatore non abbia fatto alcun riferimento esplicito alla fattispecie in questione in tale settore normativo - risultando, quindi, di fondamentale importanza il ruolo della Corte di Giustizia -, è importante sottolineare che la realizzazione di eventuali pratiche abusive potrebbe mettere a repentaglio il raggiungimento del fine ultimo che caratterizza questa particolare branca del diritto UE, ossia

quello di ridurre le diversità (giuridiche) tra i sistemi nazionali e garantire l'uniformità delle regole di competenza giurisdizionale nelle controversie caratterizzate da elementi di internazionalità.

Una prima espressione di pratica abusiva concernente il diritto internazionale privato UE, è possibile rintracciarla nelle modalità di scelta del foro competente per dirimere le controversie aventi ad oggetto le obbligazioni contrattuali.

Il regolamento del Consiglio (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000 (denominato anche "Bruxelles I") contiene le disposizioni volte a disciplinare la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale¹⁸⁷. Tale atto

¹⁸⁷ Sul regolamento, cfr. BERAUDO, *Le Règlement (CE) du conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Clunet*, 2001, p. 1033 ss.; BONOMI, *Il sistema della competenza giurisdizionale nel Regolamento «Bruxelles I»*, in BONOMI (a cura di) *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, 2009, p. 55 ss.; BRUNEAU, *Les règles européennes de compétences en matière civile et commerciale*, in *La semaine juridique*, 2001, p. 304 ss.; CARBONE, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni in materia civile e commerciale nello spazio giudiziario europeo: dalla Convenzione di Bruxelles al regolamento (CE) 44/2001*, in CARBONE, FRIGO, FUMAGALLI, *Diritto processuale e commerciale comunitario*, Milano 2004, p. 1 ss.; CASTELL, DE LA PASSE, *La révision du règlement Bruxelles I à la suite de la publication du livre vert de la*

europeo, che ricalca la disciplina contenuta nella Convenzione di Bruxelles del 1968, è teso alla realizzazione di uno spazio giudiziario europeo unico caratterizzato da regole comuni per l'esercizio della giurisdizione, con il fine ultimo di eliminare gli ostacoli alla circolazione e all'esecuzione delle decisioni straniere. Uno dei temi centrali del Regolamento riguarda l'individuazione del foro di competenza per la risoluzione delle controversie afferenti le obbligazioni contrattuali. L'art. 2 del richiamato atto europeo, stabilendo che *“le persone domiciliate nel territorio di un determinato Stato membro sono convenute, a prescindere dalla loro nazionalità, davanti ai giudici di tale Stato membro”*, individua, quale criterio generale, il domicilio del convenuto, mettendo

Commissione, in *La gazette du palis*, 29 maggio 2010, n. 149, p. 26 ss.; DE CESARI, *La procedura semplificata di exequatur nei regolamenti Bruxelles I, Bruxelles II-bis, e n. 1346/2000 e la sua applicazione pratica*, in BOSCHIERO, BERTOLI (a cura di), *Verso un «ordine comunitario» del processo civile*, Napoli, 2008, p. 19 ss.; FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale, l'art. 5, n. 1 del regolamento (CE) n. 44/2001 nella prospettiva dell'armonia delle decisioni*, Padova, 2006, p. 1 ss.; GAUDEMET, TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Européenne Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, Paris, 2010, p. 1 ss.; MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2007, p. 277 ss.; SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova, 2006, p. 1 ss.

quest'ultimo nelle condizioni di poter effettivamente esercitare il diritto di difesa in quanto, essendo quivi stabilito, si presume essere conoscenza delle modalità attraverso cui poter sostenere le proprie ragioni¹⁸⁸.

In aggiunta al richiamato criterio, sono previsti una serie di fori alternativi o facoltativi innanzi ai quali il convenuto può essere chiamato in giudizio. L'art. 5, n. 1 del Regolamento, prevede che *“la persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro: 1) a) in materia contrattuale¹⁸⁹”*,

¹⁸⁸ Si precisa che l'art. 2 si applica solo quando il convenuto sia domiciliato nel territorio dell'UE. Si prevede che la presenza del domicilio del convenuto in uno Stato membro costituisca il criterio giurisdizionale generale per determinare il giudice competente a risolvere le controversie in materia civile e commerciale rilevanti ai fini del Regolamento. Non occorre che l'attore sia domiciliato in uno Stato membro né, tantomeno, che la lite origini in relazione ad una situazione intracomunitaria.

¹⁸⁹ Si sottolinea che l'inciso “materia contrattuale” deve essere interpretato autonomamente alla luce dei principi e degli scopi della Convenzione di Bruxelles nonché dello stesso Regolamento. Sul punto in parola, la Corte di Giustizia ha sostenuto che una fattispecie può essere ricompresa nella nozione di materia contrattuale solo quando ci si trovi di fronte ad un legame contrattuale, ossia quando sussiste «un obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti dell'altra». In caso contrario, le obbligazioni collegate al contratto vanno considerate rientranti nella materia extracontrattuale. In tal senso cfr. Corte di Giustizia, 17 giugno 1992, causa C-26/91, *Handte*; 1° ottobre 2002, causa C-167/2000, *Henkel*; 5 febbraio 2004, causa C-256/02, *Frahuil*.

davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita". A tal proposito, rispetto alla Convenzione del 1968, sono state introdotte alcune novità, al fine di meglio individuare il luogo di esecuzione dell'obbligazione. In particolare, lo stesso par. 1 dell'art. 5 prevede alla lett. b) che il luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio debba essere ravvisato (i) nel caso di compravendita di beni, in quello in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto; (ii) nel caso di prestazione di servizi, in quello in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto.

È importante evidenziare che, a prescindere dal fatto che si parli di compravendita di beni o prestazioni di servizi, l'individuazione del luogo di adempimento del negozio giuridico in questione è definita sulla base di un accordo tra le parti coinvolte. Ora, atteso che, il luogo di esecuzione individuato ai sensi dell'art. 5, par. 1 potrebbe non avere alcun legame oggettivo con la controversia, giacché, in materia di diritti disponibili, l'esercizio della giurisdizione risponde non solo a finalità pubblicistiche,

ma anche all'interesse dei privati¹⁹⁰, si potrebbero verificare casi in cui l'accordo in questione non abbia come finalità quella di stabilire, esclusivamente, il luogo della prestazione ma solo quella di individuare un foro cd. astratto, ossia che non presenti collegamento alcuno, neanche indirettamente, con il soggetto su cui grava l'obbligazione contrattuale, ipotizzando una pratica non rispondente agli obiettivi del Regolamento. Sul punto, la Corte di Giustizia ha chiarito che le parti, benché libere di stabilire il luogo della prestazione, *“non possono fissare ... al solo scopo di determinare un foro competente, un luogo di esecuzione del contratto che non presenti nessun collegamento effettivo con la materia del contratto e in cui le obbligazioni derivanti dal contratto medesimo non potrebbero essere eseguite sulla base dei termini di quest'ultimo”*¹⁹¹.

Dalla ricostruzione operata dalla Corte, è possibile notare che, sebbene i giudici non alludano al concetto di abuso, allo stesso tempo prendono in considerazione il

¹⁹⁰ In tal senso cfr. Corte di Giustizia, sentenza 29 giugno 1994, causa C-288/92, *Custom Made Commercial Ltd c. Stawa Metallbau GmbH*; sentenza 3 luglio 1997, causa C-269/95, *Benincasa c. Dentalkit*.

¹⁹¹ In tal senso cfr. Corte di Giustizia, sentenza 20 febbraio 1997, *MSG*, causa C-106/95.

caso in cui il legittimo accordo tra le parti, volto ad individuare il luogo della prestazione, possa generare un'azione "abusiva", poiché in contrasto con la *ratio* della disciplina europea. Dal momento che l'obiettivo ultimo è quello di garantire l'effettiva realizzazione dell'obbligazione contrattuale, è chiaro che se il diritto di scelta del luogo della prestazione, volto ad individuare un foro privo di un collegamento effettivo con il negozio giuridico, risulta idoneo ad impedire la piena soddisfazione degli interessi in gioco, allora integra un comportamento abusivo. Sebbene la libertà di decidere dove porre in essere la prestazione, in funzione dell'organo giurisdizionale, sia un diritto normativamente contemplato, quest'ultimo non può estrinsecare effetti qualora diventi un limite concreto alla piena soddisfazione dell'obbligazione sottesa al contratto e, dunque, dia la possibilità ai singoli di realizzare un'azione in palese contrasto con la finalità di una norma che tutela un altro diritto.

L'aspetto di maggior rilievo è che nella situazione sopra descritta il possibile comportamento abusivo è generato dall'utilizzo improprio di un diritto rispetto ad un altro, entrambi rilevanti per l'ordinamento UE. Diversamente dalle fattispecie fino ad ora prese in considerazione, qui

l'abuso del diritto è generato dal rapporto che intercorre tra disposizioni europee e non tra il diritto sovranazionale e quello nazionale. Difatti, ciò che rileva non è la sottrazione alla legislazione nazionale per mezzo del diritto europeo, bensì l'impiego inadeguato di una norma che permette a colui che opera in forza di tale disposizione di agire in palese contrasto con la *ratio* di un'altra disposizione europea di ugual valore. Proprio in tale ottica deve essere apprezzato l'intervento della Corte. Posta a risolvere un conflitto tra interessi equivalenti, ha ritenuto imprescindibile il sacrificio di uno in favore di un altro al fine di evitare che l'abuso del diritto europeo sia generato dal rapporto tra le stesse norme UE.

3.1. L'abuso come limite al riconoscimento di una decisione straniera.

Il problema dell'abuso potrebbe manifestarsi, inoltre, quale possibile limite al riconoscimento o all'esecuzione di una decisione straniera, per palese violazione della disciplina procedimentale e processuale dello Stato da cui origina.

Il regolamento n. 44/2001 individua, *inter alia*, l'eccezione dell'ordine pubblico quale motivo che si frappone al riconoscimento e all'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali stranieri. L'art. 34, n. 1 del suddetto atto europeo prevede che “*le decisioni non sono riconosciute se il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto*”. A tal proposito, il legislatore europeo, con l'avverbio “*manifestamente*”, ha voluto sottolineare che il ricorso a questa condizione ostativa, essendo di natura eccezionale, dovrà essere adeguatamente motivata, stante quel principio di reciproca fiducia che sussiste (o dovrebbe sussistere) tra le autorità giudiziarie.

La nozione di ordine pubblico è particolarmente ampia giacché tale inciso indica il complesso dei principi che costituiscono il cardine della struttura economico-sociale della comunità statale in un determinato momento storico, nonché quelle regole inderogabili e fondamentali su si fondano i più importanti istituti giuridico nazionali¹⁹².

¹⁹² In tal senso cfr. Corte di Giustizia, sentenza 4 febbraio 1988, causa C-145/86, *Horst Ludwig Martin Hoffman c. Adelheid Krieg*; sentenza 2 giugno 1994, causa C-414/94, *Solo Kleinmotoren GmbH c. Emilio Bosch*; sentenza 28 marzo 2000, C-7/98, *Krombach c. Bamberski*; sentenza 2 maggio 2006, causa C-341/04,

Proprio per l'elasticità definitoria che lo contraddistingue, l'ordine pubblico ricomprende anche la dimensione processuale che si sostanzia in tutti gli elementi essenziali del giusto processo, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ossia in quei principi inviolabili posti a garanzia del diritto di agire e di resistere in giudizio¹⁹³. La necessità di ricomprendere nel suddetto inciso normativo anche quello relativo all'ordine pubblico processuale si fonda sulla circostanza che lo scopo delle norme sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie è quello di garantire la semplificazione delle formalità, obiettivo che non potrebbe essere altrimenti raggiunto se non tutelando adeguatamente i diritti di difesa¹⁹⁴.

Eurofood; sentenza 21 gennaio 2010, causa C-444/07, *Mg. Probud Gdynia*.

¹⁹³ In tal senso cfr. BERTOLI, *Corte di Giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2005, p. 341 ss.; BIAGIONI, *L'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordine pubblico processuale nel sistema della Convenzione di Bruxelles*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 723 ss.; BOSCHIERO, *L'ordine pubblico processuale*, in DE CESARI, FRIGESSI (a cura di), *La tutela transnazionale del credito*, Torino, 2007, p. 163 ss.; MOSCONI, *La difesa dell'armonia interna della legge del foro tra legge italiana, convenzioni internazionali e regolamenti comunitari*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2007, p. 5 ss.

¹⁹⁴ In tal senso, Corte di Giustizia, sentenza 28 marzo 2000, *Krombach c. Bamberski*, op. cit.

Il problema delle manovre abusive o fraudolente in violazione dell'ordine pubblico internazionale è stato preso in esame dalla Relazione Schlosser sulla Convezione di adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno di Gran Bretagna e Irlanda del Nord alla Convezione sulla competenza giurisdizionale e sull'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, nonché al Protocollo relativo alla sua interpretazione, così come redatto della Corte di Giustizia¹⁹⁵.

Il suddetto documento considera il caso in cui l'eventuale inottemperanza alla disciplina processuale dello Stato di emissione della sentenza venga comprovata successivamente all'adozione del provvedimento, ossia quando quest'ultimo estrinseca i suoi effetti nello Stato di esecuzione. La suddetta relazione sottolinea *«che, in linea di principio, non vi dovrebbero essere dubbi sul fatto che la frode (o abuso N.d.R.) processuale può significare, in linea di massima, un'infrazione dell'ordine pubblico nello Stato di riconoscimento»*. Dal momento che il concetto di ordine pubblico internazionale di uno Stato contempla anche e soprattutto la dimensione processuale, è inevitabile

¹⁹⁵ In GUCE, C-59 del 5 marzo 1979, p. 71 ss., punto 192.

che una decisione straniera, adottata in violazione di una norma procedurale, risulti contraria all'ordine pubblico del Paese di esecuzione.

Quanto affermato nella Relazione Schlosser in tema di pratiche abusive/fraudolente ha trovato puntuale conferma in un recente orientamento giurisprudenziale che, non solo ha riproposto, sebbene in termini meno netti, quanto era stato sostenuto in occasione della Convenzione di adesione nel lontano 1978, ma ha dato vita ad un cambio di rotta rispetto al regolamento, soprattutto con riferimento ai poteri di accertamento del giudice, dello Stato richiesto, in merito alla legittimità delle decisioni straniere.

La Corte di Giustizia, con la sentenza *Gambazzi*¹⁹⁶, ribadisce che il limite dell'ordine pubblico può essere invocato dal giudice richiesto allo scopo di impedire il riconoscimento delle sentenze emanate da una giurisdizione estera per violazione delle garanzie fondamentali poste a tutela del regolare svolgimento del processo. Il Collegio europeo, volto a garantire un'effettiva tutela dello spazio giudiziario europeo, statuisce che «*il giudice dello Stato richiesto può tener*

¹⁹⁶ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 2 aprile 2009, C-394/07, *Gambazzi*.

conto del fatto che il giudice dello Stato di origine ha statuito sulle domande del ricorrente senza sentire il convenuto, che si era regolarmente costituito, ma che è stato escluso dal procedimento con un'ordinanza per non aver ottemperato ad obblighi imposti con un'ordinanza adottata precedentemente nell'ambito dello stesso procedimento, qualora, in esito ad una valutazione globale del procedimento e considerate tutte le circostanze, ritenga che tale provvedimento di esclusione abbia costituito violazione manifesta e smisurata del diritto del convenuto al contraddittorio».

Il suddetto inciso giurisprudenziale assume particolare importanza con riferimento al tema in parola. Non solo si ribadisce la centralità della nozione di ordine pubblico ma si conferisce al giudice dello Stato richiesto il potere (d'ufficio) di non assicurare l'automatico riconoscimento della decisione straniera qualora quest'ultima sia stata adottata a seguito dell'aggiramento della legislazione nazionale dello Stato di emissione. Inoltre, così statuendo, ha sensibilmente influenzato la disciplina dello stesso regolamento n. 44/2001 in tema di autonomia del giudice. Prima di questa pronuncia, ai punti 16 e 17 del preambolo dell'atto europeo, si chiariva che, giacché «*la reciproca*

fiducia nella giustizia in seno alla Comunità (Unione N.d.R.) implica che le decisioni emesse in un altro Stato membro siano riconosciute di pieno diritto», allora « ... la dichiarazione di esecutività di una decisione dovrebbe essere rilasciata in modo pressoché automatico, a seguito di un controllo meramente formale dei documenti prodotti e senza che il giudice possa rilevare d'ufficio i motivi di diniego dell'esecuzione indicati nel presente regolamento».

Alla luce di ciò, emerge l'importanza dell'intervento giurisprudenziale *supra* menzionato. Conferendo al giudice dello Stato richiesto il potere d'ufficio di non garantire automaticamente l'esecuzione di un provvedimento emesso da un organo giurisdizionale in violazione della propria legge processuale, si vuole impedire che, stante il principio del mutuo riconoscimento, possano circolare decisioni contrarie ad una delle finalità sottese al regolamento in questione, *i.e.* la realizzazione e il consolidamento dello spazio giudiziario europeo, nonché al principio del cd. giusto processo. Emerge come la situazione abusiva si verifica relativamente al diritto europeo. Difatti, l'intervento della Corte non è teso ad evitare un aggiramento della disciplina interna per mezzo

di disposizioni UE, bensì di scongiurare conseguenze negative che si potrebbero concretizzare qualora, per il tramite di un principio UE, quale quello del mutuo riconoscimento, si tuteli un'azione incompatibile con la finalità sottesa ad un atto sovranazionale.

4. Sintesi: il contenuto della nozione di abuso negli atti normativi UE.

Dall'analisi condotta, risulta chiara l'intenzione del legislatore volta a ricostruire una nozione normativa di abuso del diritto che possa trovare uniforme applicazione. Volendo riassumere i risultati finora ottenuti, è possibile sostenere che a livello di diritto primario, una chiara definizione legislativa dell'istituto ancora non è stata enucleata, sebbene sia possibile rintracciare un minimo comune denominatore per le fattispecie prese in considerazione.

Nel settore dei diritti fondamentali UE, l'abuso del diritto si manifesta quando un soggetto pone in essere un'azione in contrasto con la finalità sottesa al diritto attribuito, così ledendo la posizione giuridica di un terzo. Ciò è quanto si ricava dalla lettura dell'art. 54 della Carta di Nizza la cui

indubbia rilevanza risulta sminuita dal fatto che non vi è alcun tipo di riferimento agli elementi integranti un comportamento abusivo. Il dato normativo non individua strumenti idonei per valutare quando una fattispecie abusiva si rilevi come tale nella realtà fenomenica e ciò non permette alla disposizione in questione di assumere la veste di norma a carattere sostanziale.

Ciò detto, passando all'analisi del problema *de qua*, attraverso lo sviamento di potere, è possibile individuare delle similitudini tra le categorie in questione. Sebbene, come visto, l'abuso si ponga su di un piano diverso rispetto allo sviamento, quest'ultimo, definito come quella particolare situazione in cui i fini raggiunti risultano in aperto contrasto con quelli dichiarati ed ammessi, postula un giudizio di coerenza tra il potere esercitato e quanto concretamente realizzato, attività questa che può essere mutuata anche per accertare la natura abusiva delle azioni. Dunque, abuso e sviamento sono accomunati dal contrasto che sussiste tra il comportamento posto in essere in forza di una norma o di un principio e le finalità che permeano la norma o il principio da cui scaturisce il comportamento stesso. L'aspetto critico è che nulla viene detto su come debba essere condotto il suddetto processo di valutazione.

Sebbene si faccia espresso riferimento alla necessità di prendere in considerazione elementi oggettivi e pertinenti per dare vita alla richiamata comparazione, è pur vero, però, che non si specifica quali siano questi elementi e, dunque, il *modus operandi* per contrastare effettivamente le situazioni di abuso.

Anche l'analisi dell'abuso della posizione dominante ha evidenziato come tale istituto, così come l'abuso del diritto, si fondi sul contrasto tra la finalità ultima della norma e il comportamento posto in essere dal singolo operatore economico che va oltre i limiti contemplati dalla disposizione in questione. Allo stesso tempo preme sottolineare come tale categoria, a differenza di quanto previsto per le altre manifestazioni di abuso a livello primario, non contenga il requisito dell'intenzionalità, creando dunque una cesura netta tra l'abuso di posizione dominante e l'abuso del diritto vero e proprio.

Passando al piano del diritto derivato, la categoria oggetto di studio sembra acquisire maggiore consistenza.

Dall'analisi dei settori normativi presi in considerazione, si desume che:

- quando si parla di abuso del diritto si devono distinguere due ipotesi. La prima è quella in cui la

norma europea è utilizzata dal singolo in danno all'ordinamento nazionale. L'utilizzo improprio del diritto UE, *i.e.* in contrasto con la *ratio* della disposizione stessa, mette colui che agisce nelle condizioni di sfuggire alla legislazione nazionale per ottenere un vantaggio indebito riconosciuto da sistema giuridico nazionale più favorevole rispetto a quello di appartenenza. In tale situazione si configura quella che viene chiamata frode/elusione alla legge nazionale, ossia la visione domestica dell'abuso del diritto UE. La seconda ipotesi è rappresentata, invece, dall'abuso del diritto in danno di norme europee. In tale contesto, si sostanzia la contrapposizione di due disposizioni o diritti ugualmente rilevanti per l'ordinamento sovranazionale. La distonia giuridica scaturisce dal fatto che il singolo, in forza di una norma o di un principio europeo, pone in essere un comportamento che, ponendosi in contrasto alla finalità ultima sottesa alla posizione giuridica attribuita, viola un'altra disposizione o principio UE, abusando, dunque, di quanto precipuamente riconosciuto;

- ciò che sembra rilevare ai fini dell'abuso è il piano oggettivo, *i.e.* l'effettività dell'azione posta in essere e, quindi, le conseguenze che si riverberano nella realtà fenomenica. Per definire un comportamento abusivo si dovranno valutare le modalità con cui l'azione è stata realizzata e rapportarla, dunque, con lo scopo ultimo delle disposizioni che sono state prese in considerazione per attribuire, almeno formalmente, una parvenza di legittimità all'attività stessa;
- non si rintracciano chiari e puntuali riferimenti al concetto di intenzionalità dell'azione realizzata. Questo elemento sembra emergere solo indirettamente: nel momento in cui un soggetto “sfrutta” il diritto UE per ottenere un vantaggio che, altrimenti, non avrebbe potuto conseguire, allora si presume che vi sia intenzionalità nell'agire in tal senso.

Premesso ciò, si sottolinea come il tentativo di individuare elementi comuni, sul piano legislativo, alle diverse espressioni della categoria dell'abuso del diritto UE, al fine di inquadrare il relativo divieto alla stregua di un principio generale europeo, non sembra conforme alla

multiforme casistica attraverso cui tale situazione si presenta all'interprete e che, quindi, non permette di elaborarne una definizione univoca. Ciò potrebbe essere giustificato alla luce della complessità del tema o, addirittura, considerato una scelta voluta, frutto della consapevolezza di non poter imbrigliare un istituto così sfuggente, che non si presta a processi definitivi assoluti. Ma proprio l'assenza di un inquadramento generale potrebbe far propendere per l'impossibilità di definire il divieto dell'abuso del diritto quale valore assoluto dell'Unione Europea, riqualificandolo, invece, quale semplice avvertimento di natura sociale.

In secondo luogo, non si può non evidenziare quell'orientamento, ravvisato, in particolar modo, nella materia contrattuale che lo sussume al concetto di buona fede, ossia quale un *modus operandi* che dovrebbe caratterizzare non solo il comportamento del soggetto che agisce attraverso il diritto UE ma soprattutto quale modalità di corretta interpretazione delle disposizioni normative europee alla luce della relativa *ratio*.

Proprio i suddetti profili di incertezza e di criticità obbligano a prendere in considerazione l'orientamento che la Corte di Giustizia ha espresso sul tema, al fine di

comprendere non solo se, allo stato dell'arte, sia possibile definire il concetto di abuso del diritto ma, soprattutto, se quest'ultimo possa essere qualificato in termini di principio generale autonomo che permea il sistema europeo, quindi posto a salvaguardia degli obiettivi a cui quest'ultimo tende oppure quale mero strumento interpretativo, precipitato dei principi di buona fede e coerenza sistematica.

CAPITOLO III

LA NOZIONE DI ABUSO DEL DIRITTO

NELLA GIURISPRUDENZA UE

SOMMARIO: 1. Il ruolo interpretativo della Corte di Giustizia – 2. L’abuso nella libera prestazione di servizi – 3. La libertà di stabilimento e il suo esercizio abusivo – 4. La circolazione dei lavoratori – 5. Segue. Il diverso approccio nell’utilizzo del divieto dell’abuso del diritto europeo: la cittadinanza UE – 6. L’abuso e la politica agricola comune – 7. La categoria giuridica dell’abuso nel sistema fiscale UE – 8. Sintesi: il contenuto della nozione di abuso nella giurisprudenza UE.

1. Il ruolo interpretativo della Corte di Giustizia.

Le riflessioni contenute nel presente studio non possono trascurare l’apporto che la Corte di Giustizia ha fornito sulla tematica in oggetto. L’evoluzione dell’istituto dell’abuso del diritto nella Giurisprudenza UE è un fenomeno particolarmente rappresentativo della realtà del

pensiero giuridico moderno che presenta elementi di estrema complessità da un punto di vista sia interpretativo che ricostruttivo. Tale approfondimento sarà articolato in modo da elaborare una possibile ricostruzione unitaria del fenomeno *de quo*, indipendentemente da quali fattispecie integrino quest'ultimo, eventualmente affiancando ad un nucleo comune le peculiarità che possano, di volta in volta, presentarsi in via accidentale. Occorre chiedersi se e in che misura l'abuso del diritto rappresenti, allo stato attuale, un principio del diritto europeo; nel caso sia possibile rispondere affermativamente a tale quesito, si dovrà accertare se questo possa valere in ogni ambito del diritto UE oppure se ciascun settore, in ottemperanza alla rispettiva *ratio*, possa vantare un divieto dell'abuso del diritto enucleato su misura.

Nel sistema delle fonti europee, accanto ai Trattati si collocano i principi generali che la Corte di Giustizia ha elaborato ed elabora nell'esercizio della sua funzione di garante del diritto UE. Detti principi hanno un ruolo essenziale in quanto apportano un contributo fondamentale allo sviluppo del sistema europeo. Costituendo validi criteri interpretativi per tutte le altre fonti UE ed ergendosi a limiti di legittimità ai quali la stessa Corte deve attenersi

nella sua funzione interpretativa e di controllo, rappresentano il parametro ultimo a cui devono ispirarsi non solo le istituzioni nell'attività di legislazione derivata ma anche gli Stati membri e i soggetti privati, siano essi persone fisiche o giuridiche, che operano nell'Unione. Tuttavia, tali valori assoluti vanno ben oltre tutto ciò. Assolvono la funzione di strumento di raccordo tra i diversi settori o ambiti su cui si fonda il sistema giuridico europeo. Stante la produzione normativa che caratterizza la (quotidiana) attività del legislatore sovranazionale, l'insieme delle norme UE, sia di rango primario che derivato, potrebbe dare vita ad un *corpus iuris* eccessivamente frammentario qualora non fossero cementate da principi generali capaci di garantire quell'omogeneità, nonché quella coerenza interna tipica dei moderni ordinamenti giuridici. Dunque, rispetto a quelle già indicate, due sono le funzioni essenziali svolte dai richiamati valori: l'integrazione dell'ordinamento europeo nonché l'interpretazione delle regole scritte che presentano un significato incerto ed ambiguo¹⁹⁷. Ecco

¹⁹⁷ In tal senso, cfr. BADIALI, *Il diritto degli Stati negli ordinamenti delle Comunità europee*, Milano, 1971, p. 24 ss.; CICIRIELLO, *La Comunità europea e i suoi principi giuridici. Lezioni di diritto*

quindi che, in tale prospettiva, è stato ed è particolarmente importante il ruolo assunto dalla Corte di Giustizia. Partendo dal dato normativo ed applicando la disposizione di riferimento alla fattispecie sottoposta alla sua attenzione, l'organo giurisdizionale ricava per via induttiva i suddetti valori assoluti i quali vanno a costituire una fonte del diritto europeo di indubbia rilevanza.

Come noto, nell'ordinamento giuridico dell'Unione la funzione giurisdizionale viene esercitata dalla Corte di Giustizia con il precipuo compito di tutelare il diritto UE, mediante la corretta interpretazione nonché applicazione dello stesso¹⁹⁸. Tale istituzione, dalla sua nascita fino ad oggi, si è spinta ben oltre. Attraverso il suo operato, non solo ha precisato il contenuto delle disposizioni normative,

comunitario; studi e documenti di diritto internazionale e comunitario, 2011, Napoli, p. 37 ss.

¹⁹⁸ Preme sottolineare come tale potere/obbligo della Corte di Giustizia costituisca la cd. funzione giurisdizionale non contenziosa. In particolare questa si articola, *ex art. 267 TFUE*, in un controllo sull'interpretazione e sulla validità degli atti dell'Unione - a seguito di un rinvio operato dal giudice nazionale -, in modo da ottenere la corretta ed uniforme applicazione del diritto UE in tutti gli Stati membri. A ciò si aggiunga l'attività consultiva regolata dall'art. 218, par. 11, del TFUE ai sensi del quale il Parlamento europeo, il Consiglio, la Commissione o anche uno Stato membro possono chiedere alla Corte un parere sulla compatibilità di un accordo internazionale con i Trattati europei.

svincolandole dal mero dato letterario, ma, appunto, ha elaborato principi e regole al di là dei testi scritti, dando vita ad un diritto di matrice pretoria volto, *inter alia*, a colmare le lacune o le sviste del legislatore. Al fine di assicurare l'uniformità dell'interpretazione e la giusta attuazione del diritto dell'Unione, in linea con le esigenze che scaturiscono dal lento ed inarrestabile processo di integrazione europea, la Corte mirava e mira a rafforzare la capacità di questo sistema normativo comune di resistere alle particolarità dei sistemi nazionali, garantendo, allo stesso tempo, un valido supporto nonché puntuale assistenza ai giudici interni sui quali incombe l'onere di applicare il diritto sovranazionale. In tale prospettiva, ecco che i principi di diritto elaborati ed elevati dalla Corte a valori assoluti dell'ordinamento UE, oltre ad essere fonti dello stesso, rappresentano il più incisivo strumento di integrazione tra diritto europeo e diritti nazionali, nel solco di quel processo di compenetrazione giuridica¹⁹⁹ - e non solo economica - che rende unico il diritto dell'Unione Europea. Questi non solo consolidano l'omogeneità dello stesso ordinamento europeo ma, a loro volta, la creano in

¹⁹⁹ In tal senso cfr. Corte di Giustizia, sentenza 18 maggio 1982, causa C-155/79, *AM. & S.*

quanto, proprio attraverso l'attività della Corte, si pongono al vertice del sistema giuridico UE e vanno a costituire una sorta di "diritto europeo originario" ossia un *humus* giuridico comune su cui si innestano i singoli ordinamenti nazionali.

Detto ciò, si deve sottolineare che nel *genus* dei principi generali dell'Unione Europea, è possibile ravvisare diverse *species* la cui rilevanza sostanziale varia a seconda della loro origine²⁰⁰, natura, funzione nonché contenuto che li caratterizza. Tale suddivisione, sebbene possa risultare, *prime facie*, alquanto rigida, tuttavia è malleabile e permeabile. È la stessa Corte che, il più delle volte, qualifica un medesimo principio diversamente in relazione alla fattispecie sottoposta alla sua attenzione²⁰¹.

²⁰⁰ Cfr. BARILE, *Sulla struttura delle Comunità europee*, in *Riv. dir. int.*, 1964, p. 19 ss. L'Autore, sul tema delle fonti comunitarie, sottolinea come alle cd. fonti formali, ossia quelle riconducibili alla volontà collettiva degli Stati o alla volontà delle Istituzioni, si affiancano quelle cd. naturali, *i.e.* principi di diritto spontaneo comunitario che non hanno una fonte formale di produzione giuridica, ma si manifestano autonomamente nei settori in cui operano le stesse istituzioni. Inoltre, cfr. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1994, p. 521 ss.; CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. com. e degli scambi int.*, 1983, p. 408 ss.

²⁰¹ In tal senso Cfr. MASTROIANNI, STROZZI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, VI ed., Torino, 2011, p. 202 ss.

Per cui un principio può essere definito comune ovvero imperativo a seconda del tipo di soluzione da elaborare per dirimere una controversia sottoposta al vaglio della Corte. Tale *modus operandi* trova il suo fondamento nella necessità di non cristallizzare i suddetti principi in rigidi schemi giuridici al fine di preservare un margine di discrezionalità su cui si fonda l'attività dei Giudici europei.

Sulla base di ciò, è possibile distinguere tra i principi generali in senso proprio e quelli desunti da altri ordinamenti come quello internazionale²⁰² ovvero dei

Secondo gli Autori, una distinzione dei principi di diritto dell'ordinamento europeo, in ragione della loro natura e funzione, ma soprattutto contenuto, va effettuata non per ricavarne una gerarchia formale ma solo una diversa rilevanza sostanziale.

²⁰² Preme evidenziare che tra i principi che assumono rilevanza nell'Unione Europea si devono annoverare quelli propri di diritto internazionale. Essendo un soggetto con personalità giuridica, l'UE è sottoposta all'osservanza delle norme generali del diritto internazionale sia per l'attività di relazioni internazionali che per quelle prettamente istituzionali. Ciò trova diretta conferma in forza del dettato normativo nonché alla luce della stessa giurisprudenza. Con riferimento al primo, l'art. 21 TFUE impone il rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite nonché del diritto internazionale nell'azione dell'Unione sul piano internazionale. Dal punto di vista pretorio, la Corte di Giustizia ha stabilito che le competenze della Comunità devono essere esercitate nel rispetto del diritto internazionale, comprese le disposizioni delle Convenzioni internazionali qualora codifichino norme consuetudinarie sancite dal diritto internazionale (cfr. in tal senso

singoli Stati membri. La prima categoria è ricostruita attraverso un processo di astrazione logica in forza di un generale principio di armonia funzionale che caratterizza il rapporto tra i Trattati e il diritto derivato²⁰³. Questi “valori”

Corte di Giustizia, sentenza 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 e C-415/05, *Kadi* e sentenza 3 giugno 2008, causa C-308/06, *Intertanko*).

²⁰³ Tra i principi generali propri dell’Unione Europea si annoverano, senza pretesa di esaustività: *i*) il principio di solidarietà (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 10 dicembre 1969, causa C-6 e 11/69, *Rediscout Rate*; sentenza 7 febbraio 1973, causa C-39/72, *Commissione c. Italia*; sentenza 5 maggio 1981, causa C-804/79, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*); *ii*) il principio di leale cooperazione (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 10 febbraio 1983, causa C-230/81 *Lussemburgo c. Parlamento*; ord. 13 luglio 1990, causa C-2/88, *Zwartveld*; sentenza 19 luglio 1990, causa C-213/89, *Factortame*; sentenza 19 gennaio 1993, causa C-101/91, *Commissione c. Italia*; sentenza 7 dicembre 1995, causa C-52/95, *Commissione c. Francia*; sentenza 14 luglio 2005, causa C-433/03, *Commissione c. Germania*); *iii*) il principio dell’equilibrio istituzionale (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 13 giugno 1958, causa C-9/56, *Meroni*; sentenza 17 dicembre 1970, causa C-25/70, *Koster*; sentenza 29 ottobre 1980, causa C-138/79, *Roquette*; sentenza 20 marzo 1995, causa C-65/93, *Parlamento c. Consiglio*); *iv*) il principio del mutuo riconoscimento (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 20 febbraio 1979, causa C-120/78, *Cassis de Dijon*; sentenza 21 giugno 1980, causa C-788/79, *Aceto*; sentenza 9 dicembre 1981, causa C-183/80, *Aceto II*; sentenza 11 maggio 1989, causa C-25/88, *Wurmser*; sentenza 8 maggio 2003, causa C-6/01, *Atral*); *v*) il principio di proporzionalità (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 17 maggio 1984, causa C-15/83, *Denkavit*; sentenza 14 luglio 1964, causa C-8/77, *Sagulo*; sentenza 24 ottobre 1973, causa C-5/73, *Balkan Import*; sentenza 24 settembre 1985, causa C-181/84, *Man*; sentenza 20 febbraio 1979, causa C-122/78, *Buitoni*; sentenza 18 marzo 1980, causa C-154/78, *Valsabbia*;

sentenza 15 maggio 1986, causa C-222/84, *Johnston*; sentenza 12 novembre 1992, causa C-127/91, *CNTA*; sentenza 8 aprile 1992, causa C-256/90, *Mignini*; sentenza 12 marzo 2002, causa C-27/00, *Omega Air*; Tribunale di primo grado, sentenza 23 settembre 2008 causa T-341/05, *Spagna c. Commissione*); vi) il principio di uguaglianza (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 19 ottobre 1977, cause C-117/76 e 16/77, *Ruckdeschel*; sentenza 8 ottobre 1980, causa C-810/79, *Uberschat*; sentenza 5 ottobre 1994, causa C-280/93, *Germania c. Commissione*; sentenza 18 giugno 2009, causa C-88/08, *Hütter*; sentenza 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*; sentenza 22 dicembre 2010, causa C-444/09 e C-456/09, *Gavieiro e Torres*); vii) il principio della parità di trattamento (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 26 giugno 1974, causa C-2/74, *Reyners*; sentenza 12 luglio 1984, causa C-237/83, *Prodest*; sentenza 2 ottobre 1997, causa C-122/96, *Saldanha*; sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Teleaustria e Telefondress*; sentenza 20 ottobre 2005, causa C-264/03, *Commissione c. Francia*; sentenza 14 giugno 2007, causa C-6/05, *Medipac-Kazantizidis*; sentenza 16 settembre 2010, causa C-149/10, *Zoi Chartzi*; sentenza 20 gennaio 2011, causa C-155/09, *Commissione c. Grecia*); viii) il principio di non discriminazione in ragione del sesso o dell'età (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 15 maggio 1978, causa C-149/77, *Defrenne III*; sentenza 17 ottobre 1995, causa C-450/93, *Kalanke*; sentenza 26 giugno 2001, causa C-381/99, *Brunnhofen*; sentenza 7 gennaio 2004, causa C-117/01, *K.B.*; sentenza 18 novembre 2010, causa C-356/09, *Kleist*; sentenza 19 gennaio 2010, causa C-55/07, *Küçükdeveci*). In Dottrina, cfr. CICIRIELLO, *L'Unione europea e i suoi principi giuridici*, op. cit., p. 80 ss.; GROUSSOT, *General Principles of Community Law*, Groningen, 2006 p. 9 ss.; HERDEGEN, *The Origins and Development of the General Principles of Community Law*, in BERNITZ – NERGELIUS, *General Principles of European Community Law*, The Hague – London – Boston, 2000, p. 4 ss.; MENGOZZI, *La Rule of Law ed il diritto comunitario di formazione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. eu.*, 1992, pag. 517 ss.; MENGOZZI, *La tutela davanti ai giudici nazionali dei diritti riconosciuti ai singoli ed i principi generali del diritto dell'Unione*, in *Dir. un. eur.*, 2011, p. 112 ss.; STARITA, *I principi democratici nel diritto*

primari assumono una particolare valenza in quanto sono posti a fondamento degli scopi ultimi verso cui tende l'UE, nonché si impongono all'osservanza degli organi nazionali ma anche degli stessi soggetti di diritto interno i quali devono improntare la loro condotta nel solco dei richiamati principi, e, dunque, nel rispetto dell'ordinamento europeo.

Una seconda categoria è quella che origina dell'attività di *labor limae* della Corte. Attraverso un costante richiamo a valori esterni, l'ordinamento UE viene integrato con principi inizialmente non appartenenti ad esso i quali sono utilizzati per soddisfare le esigenze dello stesso sistema di norme nel quale vengono implementati. Tra quelli di derivazione esterna, sono considerati di particolare rilevanza quelli nazionali, ossia i principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri e sussunti nel sistema UE come substrato giuridico dello stesso²⁰⁴. Questi hanno una

dell'Unione Europea, Torino, 2011, p. 130 ss.; TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006, pag. 6 ss.; VON BOGDANY, *I principi fondamentali dell'Unione europea: un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, 2011, p. 1 ss.;

²⁰⁴ La funzione creativa della Corte si manifesta soprattutto quando i principi comuni agli Stati membri vengono applicati senza procedere ad una vera e propria analisi comparativa degli ordinamenti statali, bensì operando un'integrazione selettiva, attraverso il puntuale adeguamento alle esigenze dell'ordinamento

funzione strumentale in quanto sono utilizzati dalla Corte di Giustizia sia per garantire la corretta interpretazione del diritto derivato nonché, ove necessario, per assicurare la coerenza e la continuità tra il diritto UE e i diritti nazionali²⁰⁵.

UE della disciplina nazionale che si ritiene maggiormente idonea al raggiungimento degli scopi dei Trattati. La soluzione adottata anche da un solo Stato può essere elevata dalla Corte a rango di principio di diritto europeo. Trovandosi a fronteggiare diverse soluzioni fatte proprie dagli ordinamenti degli Stati membri, la Corte sceglie quella più lungimirante, ossia quella che meglio contribuisce all'integrazione dinamica dell'ordinamento europeo. In tal senso, CICIRIELLO, *La Comunità europea e i suoi principi giuridici*, op. cit., p. 112 ss.

²⁰⁵ Tra i principi di diritto relativi ai sistemi nazionali si annoverano, senza pretesa di esaustività: *i*) il principio di legalità che si sostanzia nel diritto ad un processo equo, nel rispetto del diritto di difesa (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 10 marzo 1970, causa C-7/69, *Commissione c. Italia*; sentenza 23 ottobre 1974, causa C-17/74, *Transocean Marine Papint*; sentenza 24 giugno 1986, causa C-53/85, *Akso*; sentenza 21 settembre 1989, causa C-85/76, *Hoechst*; ord. 4 febbraio 2000, causa C-17/98, *Emesa Sugar*; sentenza 10 gennaio 2002, causa C-480/00, *Plant*; sentenza 11 luglio 2007, causa T-170/06, *Alrosa*; sentenza 1° luglio 2008, cause C-341/06 P e C-342/06, P *Chhronopost et la Poste*; sentenza 19 febbraio 2009, causa C-308/07, *Gorostiaga Atxalandabaso c. Parlamento*) e del contraddittorio (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 20 marzo 2003, causa C-3/00, *Danimanrca c. Commissione*; sentenza 3 dicembre 2009, cause C-399/06 P e C-403/06 P, *Hassan Ayadi*); *ii*) il diritto alla riservatezza (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 10 novembre 1993, causa C-60/92, *Otto BV*; sentenza 25 gennaio 2007, causa C-411/04, *Salzgitter*; sentenza 14 settembre 2010, causa C-550/07, *Akzo Nobel Chemical Ltd c. Commissione*); *iii*) la certezza del diritto ai sensi del quale tanto le norme

dell'Unione quanto quelle degli Stati UE devono essere formulate in modo non equivoco, ossia da permettere sia ai soggetti destinatari di conoscere i relativi diritti o obblighi sia ai giudici di garantirne l'osservanza (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 13 dicembre 1967, causa C-17/67, *Neumann*; sentenza 21 settembre 1983, causa C-205/82, *Deutsche Milchkonter*; sentenza 16 giugno 1993, causa C-325/91, *Francia c. Commissione*; sentenza 16 gennaio 2003, causa C-439/01, *Cipra e Kvasnicka*; sentenza 18 novembre 2008, causa C-158/07, *Foste*; sentenza 6 ottobre 2009, causa C-40/08, *Astucorm*); iv) il principio di non retroattività delle disposizioni penali e degli atti amministrativi in generale, salvo diversa previsione (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 29 gennaio 1985, causa C-234/83, *Hauptzllamt*; sentenza 3 ottobre 1985, causa C-154/84, *Fleischwaren*; sentenza 11 luglio 1991, causa C-368/89, *Crispoltoni*); v) il principio del legittimo affidamento secondo cui il soggetto amministrato deve contare sul mantenimento di una situazione giuridica in presenza di una modifica improvvisa che questo non poteva prevedere o che, comunque, non rientri nel potere discrezionale dell'Istituzione (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 16 maggio 1979, causa C-74/78, *Tomadini*; sentenza 30 novembre 1983, causa C-235/82, *Ferreire San Carlo*; sentenza 24 novembre 1987, causa C-223/85, *RVS*; sentenza 19 maggio 1992, causa C-104/89, *Mulder*; sentenza 15 aprile 1997, causa C-22/94, *Irish Farmers*; sentenza 15 luglio 2004, cause riunite C-37 e 38/02, *Di Leonardo*); vi) il principio del *ne bis idem* (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 5 maggio 1966, cause riunite C-18 e 35/65, *Gutmann*; sentenza 13 febbraio 1969, causa C-14/68, *Walt Wilhelm*; sentenza 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gozutok e Brugge*; sentenza 28 settembre 2006, causa C-308/06, *Gasparini*); vii) il principio *nulla poena sine lege* (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 25 settembre 1984, causa C-117/83, *Konecke*; sentenza 3 giugno 2008, causa C-308/06, *Intertanko*); viii) il principio di equità (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 15 marzo 1973, causa C-37/72, *Marcato*; sentenza 4 dicembre 1975, causa C-31/75, *Costacurta*; sentenza 20 febbraio 1975, causa C-64/74, *Firma*).

Infine, un'ulteriore categoria può essere identificata in quella costituita dai principi inespressi o impliciti i cui elementi caratterizzanti sono estrapolati, non da una disposizione *ad hoc*, ma da un insieme più o meno vasto di norme dell'ordinamento preso nel suo complesso mediante un processo induttivo. Partendo dal mero dato letterale, è possibile enucleare una o più regole generali non scritte le quali trovano applicazione in ogni settore dell'ordinamento da cui originano²⁰⁶. Con particolare riferimento a quest'ultima categoria, l'applicazione di tali principi non scritti si fonda sulle decisioni della Corte alle quali gli Stati membri si devono conformare, stante la loro prevalenza

²⁰⁶ Per interpretazione sistematica si fa riferimento a quel particolare procedimento per cui, sulla scorta del tenore letterale delle singole disposizioni da applicare e del contesto strutturale in cui queste ultime sono inserite, si ricostruisce il significato di una norma alla luce dell'intero ordinamento. L'interpretazione teleologica ruota intorno a quel processo ricostruttivo per cui il principio viene elaborato in relazione agli obiettivi che si intendono perseguire. Pertanto, nel diritto europeo, il principio non scritto è desunto alla luce degli obiettivi definiti dai Trattati. A tal proposito, è importante sottolineare come parte della Dottrina si sia mostrata scettica all'utilizzo di tale metodo interpretativo. Attraverso l'applicazione del metodo teleologico o sistematico si potrebbe concretizzare un eccessivo scollamento con il dato letterale, compromettendo, quindi, il raggiungimento degli obiettivi ultimi dell'ordinamento. In tal senso, cfr. PESCATORE, *Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice*, in *Miscellanées W.J. Gandshof van der Meersch*, Bruxelles, 1972, p. 326 ss.

sul diritto nazionale. Difatti, si deve riconoscere alle sentenze europee quella «*funzione creativa di diritto, insita nella sua stessa natura che si realizza perciò necessariamente, anche in mancanza di qualsiasi espressa autorizzazione legale*»²⁰⁷.

Sulla scorta di quanto poc'anzi descritto, solo attraverso un'approfondita analisi della Giurisprudenza della Corte di Giustizia sarà possibile verificare se il divieto dell'abuso possa assurgere a principio generale dello stesso ordinamento UE, ossia fonte non scritta su cui si dovrebbero basare ed essere valutati i comportamenti e le azioni realizzate all'interno dell'Unione. Sul punto, la Giurisprudenza europea ha raggiunto una tale ampiezza che non è più possibile ignorare la rilevanza assunta dal fenomeno oggetto di analisi. Come si vedrà nel proseguo della trattazione, se da un lato il diritto pretorio è teso ad individuare gli elementi costitutivi della categoria *de qua*, dall'altro si manifesta frammentario e, in alcuni frangenti, contraddittorio, quasi a voler tradire la volontà di lasciare irrisolte determinate questioni probabilmente al fine di

²⁰⁷ In tal senso cfr. SALERNO, *Principi generali di diritto (Diritto internazionale)*, *Digesto IV, Discipline pubblicistiche*, 1996, p. 524 ss.

riservare alla Corte considerevoli spazi di discrezionalità su di una fattispecie di difficile definizione.

2. *L'abuso nella libera prestazione di servizi.*

Il primo settore in cui si sono palesate situazioni di abuso del diritto è stato quello della libera prestazione dei servizi, segnatamente con il *leading case Van Binsbergen*²⁰⁸.

Sottoposta al vaglio della Corte era la peculiare situazione che caratterizzava il Sig. Van Binsbergen, procuratore legale di nazionalità olandese il quale, intrapresa un'azione legale nel Paese di origine, trasferiva nel frattempo la propria residenza in Belgio. Il Collegio giudicante dei Paesi Bassi dichiarava illegittimo il ricorso presentato dall'avvocato in quanto, in ottemperanza ad una legge nazionale che concedeva solo alle persone residenti in Olanda il diritto di patrocinare innanzi agli organismi giurisdizionali nazionali, quest'ultimo, non essendo ivi più residente, era decaduto da tale diritto. Sollevati dubbi di compatibilità tra la disciplina nazionale *de qua* e la libertà

²⁰⁸ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 3 dicembre 1974, causa C-33/74.

di circolazione dei servizi, si rinviava ai Giudici europei la questione al fine di ottenere una pronuncia giurisprudenziale di interpretazione sull'esatta portata degli artt. 49 e 50 TCE, e, dunque, sull'esistenza di una possibile violazione della suddetta libertà fondamentale. A tal proposito, il Collegio giudicante chiarisce, *in primis*, il contenuto di detta libertà che, come noto, attribuisce al prestatore stabilito in uno Stato membro il diritto di esercizio temporaneo della propria attività nello Stato dove la prestazione è fornita²⁰⁹, qualora i due territori non coincidano²¹⁰. Inoltre, individua le condizioni in forza

²⁰⁹ Rispetto alla libera prestazione di servizi, il diritto di stabilimento è caratterizzato dalla presenza costante o permanente dell'operatore economico proveniente da uno Stato all'interno di un altro Stato membro (cfr. sul punto cfr. Corte di Giustizia, sentenza 11 ottobre 2007, causa C-451/05, *Elisa*; sentenza 14 settembre 2006, causa C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*; sentenza 11 marzo 2010, causa C-484/08, *Attasio Group*). La presenza del soggetto, che può palesarsi con diverse modalità – *i.e.* un semplice ufficio gestito attraverso personale dipendente della società originaria di un altro Paese membro, o attraverso mandatarî indipendenti, incaricati di agire in permanenza per conto dell'impresa (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 4 dicembre 1986, causa C-205/84, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*) – deve essere espressione del radicamento nel mercato del Paese ospite, ossia della partecipazione in maniera continuativa alla vita economica di uno Stato diverso dal proprio ordinamento di origine.

²¹⁰ È opportuno sottolineare che, qualora i due Stati dovessero coincidere, si verserebbe in una situazione puramente interna, non

delle quali lo Stato della prestazione possa subordinare l'esercizio di tale diritto, poiché ciò avvenga nel rispetto del principio del trattamento nazionale, ossia non vi devono essere diversi presupposti da integrare per porre in essere l'attività tra il libero prestatore di servizi "straniero" e quello "locale".

Con particolare riferimento al primo profilo, *i.e.* il diritto di esercizio temporaneo²¹¹, la Corte sottolinea come la

trovando applicazione l'art. 49 (ora 56 TFUE). Sul punto cfr. Corte di Giustizia, sentenza 27 ottobre 1982, causa riunite C-35/82 e 36/82, *Morson e Jhanjan*; sentenza 17 dicembre 1987, causa C-147/87, *Zaoui*; sentenza 21 ottobre 1991, causa C-97/98, *Jagerskiold*; sentenza 28 gennaio 1992, causa C-332/90, *Steen*; sentenza 22 settembre 1992, causa C-153/91, *Petit*; sentenza 16 dicembre 1992, causa C-206/91, *Koua Poirrez*; sentenza 5 giugno 1997, causa riunite C-64/96 e 65/96, *Uecker e Jacquet*; sentenza 5 marzo 2002, cause riunite C-525/99, 537/99 e 540/99, *Hans Reich*; sentenza 11 luglio 2002, causa C-60/00, *Mary Carpenter contro Secretary of State for the Home Department*.

²¹¹ I requisiti della transitorietà, per la libera prestazione dei servizi, e quello della permanenza, per il diritto di stabilimento, devono essere correttamente interpretati. Il carattere transitorio o temporaneo della prestazione deve essere valutato tenendo conto della frequenza, della periodicità o della continuità della stessa e, dunque, non soltanto della sua durata; il carattere permanente dell'attività stabilita deve essere valutato in maniera relativa, prendendo in considerazione l'effettivo estrinsecarsi della stessa, *case by case*. È importante sottolineare come la presenza non definitiva del soggetto economico nello Stato ospite non comporti necessariamente la non integrazione di una fattispecie di effettivo stabilimento. Dal momento che la durata di un'attività non risulta essere l'elemento dirimente affinché si possa configurare o meno

libera prestazione dei servizi non ammetta non solo le clausole di nazionalità, ma soprattutto quelle di residenza o di stabilimento²¹², ossia disposizioni interne che riservano l'esercizio di una determinata attività ai soggetti residenti o stabiliti sul territorio dello Stato di riferimento e, dunque, escludendo quelle poste in essere da soggetti stabiliti all'estero. Secondo la Corte, richiedere l'insediamento sul territorio nazionale per la realizzazione di una determinata attività, costituisce la negazione della libera prestazione dei servizi. Difatti, se così fosse, quest'ultima verrebbe spogliata di qualunque rilevanza pratica, in palese contrasto con la *ratio* ad essa sottesa, *i.e.* «*eliminare gli ostacoli alla libera erogazione di servizi da parte di persone non residenti nello Stato in cui viene svolta la prestazione*». Tuttavia, la Corte evidenzia che lo Stato di

una realtà economica in termini di libertà di stabilimento o di libera prestazione di servizi, ciò che rileva è il concreto insediamento nel mercato del Paese ospite per il compimento di un numero indeterminato, anche se non infinito perché temporalmente limitato, di operazioni inerenti la propria attività economica (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 5 ottobre 1988, causa C-196/87, *Steymann*).

²¹² Sul punto cfr. Corte di Giustizia, sentenza 10 febbraio 1982 causa C.76/81, *Transporoute*; sentenza 9 marzo 2000, causa C-355/98, *Commissione c. Belgio*; sentenza 3 ottobre 2000, causa C-58/98, *Corsten*; sentenza 13 febbraio 2003, causa C-131/01, *Commissione c. Italia*.

destinazione non è privo del potere di controllo nei confronti del prestatore stabilito in un altro territorio. Se il Paese di destinazione può richiedere ai soggetti stabiliti nel proprio territorio, in cui la prestazione è posta in essere, il rispetto di determinati requisiti previsti dalla normativa di settore, è *«del pari giusto riconoscere ad uno Stato membro il diritto di provvedere affinché un prestatore di servizi, la cui attività si svolga per intero o principalmente sul territorio di detto Stato, non possa utilizzare la libertà garantita dall'art. 49 allo scopo di sottrarsi alle norme sull'esercizio della sua professione la cui osservanza gli sarebbe imposta ove egli si stabilisse nello Stato in questione. Una simile situazione deve infatti venire regolata dalle norme sul diritto di stabilimento e non dalle norme sulla prestazione dei servizi»*.

Dal principio di diritto sopra indicato, si evince la sussistenza di punto di contatto tra il piano normativo nazionale e quello europeo. Sebbene la Corte non parli in maniera chiara di abuso quest'ultimo, concretizzandosi nell'utilizzo improprio della disposizione UE, risulta essere il veicolo per sfuggire alla disciplina nazionale del Paese di origine sensibilmente più stringente rispetto a quella del nuovo Stato di insediamento, integrando, di

fatto, un'ipotesi di frode alla legge nazionale. La Corte, dunque, nel valutare l'esercizio improprio del diritto sovranazionale alla luce delle conseguenze che si verificano sul piano interno, rileva come la nozione di frode e/o di abuso contempli, innanzitutto, una dimensione oggettiva. Questa si manifesta quando il prestatore di servizi stabilito in uno Stato indirizza la propria attività, totalmente o in via principale, verso il territorio dello Stato di destinazione diverso da quello in cui è insediato, dando vita ad un cd. effetto boomerang o a U. A ciò sembra aggiungersi anche un altro requisito. Nell'utilizzare l'espressione « ... *allo scopo di sottrarsi* ... », i Giudici europei lasciano intendere che la circostanza abusiva o fraudolenta, affinché risulti integrata, necessita di una dimensione soggettiva che si sostanzia quando, a seguito di un confronto tra le legislazioni degli Stati in cui il singolo opera, risulta che l'operazione sia stata realizzata al solo scopo di sottrarsi alle norme che disciplinano una professione, la cui osservanza sarebbe ineludibile qualora l'operatore si stabilisca nello Stato di destinazione.

Quanto elaborato nella sentenza *Van Binsbergen* è stato confermato dalla Corte di Giustizia in una serie di pronunce emesse in pari data, aventi ad oggetto il settore

assicurativo²¹³. L'attenzione dei Giudici europei si è focalizzata su diverse fattispecie caratterizzate dal cd. effetto a U. In tali cause, i servizi di assicurazione venivano erogati da soggetti che, lasciando il Paese di origine, si stabilivano in altri Stati membri al fine di svolgere la propria attività, orientandola esclusivamente verso il primo. La Corte, ribadendo la portata della libera prestazione dei servizi e affermandone la piena applicabilità in tale settore, sottolinea come lo Stato di destinazione possa imporre limitazioni di un certo rilievo alle attività svolte in regime di libera prestazione di servizi da parte di imprese collocate in altri Stati membri qualora

²¹³ Cfr. *ex plurimis*, Corte di Giustizia, sentenza 4 dicembre 1986, causa C-205/84, *Commissione c. Germania*; sentenza 4 dicembre 1986, causa C-220/83, *Commissione c. Francia*; sentenza 4 dicembre 1986, causa C-206/84, *Commissione c. Irlanda*; sentenza 4 dicembre 1986, causa C-252/83, *Commissione c. Danimarca*, secondo cui «è giusto riconoscere ad uno Stato membro il diritto di provvedere affinché un prestatore di servizi, la cui attività si svolga per intero o principalmente sul territorio di detto Stato, non possa utilizzare la libertà garantita dall'art. 59 allo scopo di sottrarsi alle norme sull'esercizio della sua professione la cui osservanza gli sarebbe imposta ove egli si stabilisse nello Stato in questione ... anche se la libera prestazione può venire limitata solamente da norme giustificate dall'interesse generale e obbligatorie nei confronti di tutte le persone e le imprese che esercitino la propria attività nel territorio dello Stato destinatario, nella misura in cui tale interesse non risulti garantito dalle norme alle quali il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito».

risultino totalmente o in via principale indirizzate verso i Paesi di destinazione, territori dai quali gli operatori economici hanno precedentemente rescisso ogni legame. A tal proposito, preme sottolineare la precisazione che l'organo giurisdizionale UE elabora relativamente alle limitazioni che possono essere contemplate al livello nazionale per evitare fenomeni di "sottrazione normativa". L'esercizio della libera prestazione dei servizi può essere ristretta unicamente in forza di provvedimenti giustificati dal pubblico interesse i quali devono estrinsecare la propria efficacia nei confronti di tutte le persone e le imprese che esercitino la propria attività nel territorio dello Stato destinatario, salvo che tale interesse non risulti garantito dalle norme alle quali il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito, secondo il principio "*Home State Control*".

Un richiamo più esplicito all'utilizzo improprio del diritto europeo, inteso quale veicolo idoneo ad evitare l'applicazione della disciplina nazionale più rigorosa, si ravvisa in tutto quel filone giurisprudenziale relativo al settore radiotelevisivo. La Corte, nel solco del principio di diritto enucleato nella sentenza *Van Binsbergen* e sviluppato nel settore assicurativo, affina un *modus*

operandi volto a contrastare i fenomeni abusivi UE - ovvero lesivi della disciplina nazionale - e, dunque, a preservare l'essenza della stessa libertà fondamentale.

Nella sentenza *Veronica*²¹⁴, la Corte prende in esame il caso dell'omonima associazione di diritto olandese la cui attività consisteva nella diffusione di programmi radiofonici. Quest'ultima era stata accusata di aver violato la normativa nazionale sui media contribuendo, senza specifica autorizzazione governativa, alla costituzione di un'emittente commerciale che trasmetteva programmi via cavo dal Lussemburgo verso l'Olanda. La suddetta contestazione nasceva dalla circostanza che l'associazione, in assenza del richiamato documento amministrativo, non solo aveva avviato una consistente nonché continuativa attività di consulenza economico - legale per la creazione dell'emittente lussemburghese, ma aveva prestato fideiussioni bancarie per garantire l'inizio di detta attività

²¹⁴ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 3 febbraio 1993, causa C-148/91. Sul punto cfr. HANSEN, *The development of the circumvention principle in the area of broadcasting*, op. cit., p. 111 ss.; HINGS, *Case Note on Veronica*, in *Com. mar. law rev.*, 1994, p. 901 ss.; JONES, *Television without frontiers*, in *Yearbook of Eur. Law*, 1999-2000, p. 299 ss.; KATSIREA, *The Transmission State principle: the end of the broadcasting sovereignty of the Member States?*, in *Cambridge yearbook of European legal studies*, 2003-2004, p. 105 ss.

d'impresa. L'autorità garante olandese del mercato radiotelevisivo denunciava la situazione al giudice nazionale, evidenziando come tale operazione economica, poiché posta in essere attraverso lo sfruttamento della libera prestazione dei servizi (nonché di quella dei capitali), dovesse essere qualificata come fraudolenta poiché si concretizzava in un'elusiva sottrazione alla legge nazionale olandese. Investita della controversia, la Corte, partendo dall'assunto che la normativa olandese si proponeva di realizzare un sistema radiotelevisivo a carattere pluralistico e non prettamente commerciale e che ciò integrava un interesse generale dello Stato, statuisce che *«vietando agli enti nazionali di radiodiffusione di dare aiuti per la creazione di società commerciali di radio e di televisione all'estero, allo scopo di prestare servizi destinati ai Paesi Bassi, la normativa dei Paesi Bassi controversa nella causa principale arriva essenzialmente ad impedire che, sfruttando le libertà garantite dal Trattato, detti enti possano sottrarsi abusivamente agli obblighi derivanti dalla normativa nazionale, relativi al contenuto pluralistico e non commerciale dei programmi»*. Nel punto *supra* riportato, è possibile notare come la Corte riprenda quanto già enucleato nella causa *Van Binsbergen*.

Affinché si possa parlare di abuso nel settore radiotelevisivo, ma più in generale nel settore della libera circolazione dei servizi, è necessaria la sussistenza di due condizioni: (i) la costituzione di un'emittente (*i.e.* l'insediamento di un operatore economico) in uno Stato diverso rispetto a quello in cui le trasmissioni (ossia le prestazioni di servizi) sono dirette, integrando, quindi, l'effetto a U; (ii) nonché il proposito di utilizzare la disciplina sovranazionale per ottenere, sottraendosi a quella nazionale, risultati che altrimenti non sarebbe possibile raggiungere per mezzo della disciplina interna, soprattutto quando quest'ultima è volta a preservare un interesse reputato degno di tutela da parte dello Stato.

Alla luce di ciò, due sono le considerazioni che possono trarsi. *In primis*, preme sottolineare il richiamo che la Corte fa al concetto di interesse generale di uno Stato membro inteso quale elemento in forza del quale poter emanare provvedimenti o dispositivi normativi al fine di arginare e contrastare i fenomeni di sfruttamento abusivo delle libertà fondamentali. Di converso, bilancia tale slancio il problema di come la possibile volontà sottesa ai comportamenti impropri possa manifestarsi e, dunque, essere provata. A tal proposito, nulla viene detto sul cd.

elemento soggettivo. Il Collegio europeo, sebbene (indirettamente) lo postuli, non indica gli elementi o le circostanze al cui integrarsi è possibile affermare che un soggetto abbia operato al solo scopo di ottenere un qualcosa di cui non aveva titolo.

Sulla scia di tali decisioni e sempre nel settore radiotelevisivo, la Corte si è espressa nuovamente con la sentenza *TV10*²¹⁵. Il provvedimento giurisdizionale originava dalla controversia instaurata tra la società di capitali di diritto lussemburghese, la TV10, e l'autorità di vigilanza olandese del mercato radiotelevisivo. L'organo di controllo dei Paesi Bassi aveva negato l'accesso alla rete via cavo olandese alla società in quanto tale modalità di trasmissione era consentita esclusivamente alle compagnie sociali straniere. Sebbene TV10 risultasse un soggetto di diritto lussemburghese, dunque legittimato ad accedere a tale servizio, l'organo di controllo negava

²¹⁵ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 5 ottobre 1994, causa C-23/93. Sul punto cfr. KJELLGREN, *On the border of Abuse: the Jurisprudence of the European Court of Justice on Circumvention, Fraud and Abuse of Community Law*, in ANDENAS and ROTH, *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford, 2002, p. 245 ss.; WATTEL, *Case Note on TV10: Circumvention of National Law – Abuse of Community Law?*, in *Com. mark. law rev.*, 1995, p. 1257 ss.;

l'autorizzazione in quanto la società era solo formalmente lussemburghese. Difatti, stante l'attività di radiodiffusione indirizzata esclusivamente verso l'Olanda, la TV10 era da equiparare ad un soggetto di diritto olandese, costituitosi secondo la *lex societatis* del Granducato del Lussemburgo, al solo fine di sottrarsi alla disciplina nazionale, per il tramite della libertà di prestazione dei servizi²¹⁶. Analizzando la compatibilità del provvedimento di diniego adottato dall'autorità nazionale con la disciplina europea, la Corte, rimarcando le finalità di interesse generale

²¹⁶ Due sono state le questioni pregiudiziali sottoposte al vaglio della Corte di Giustizia. La prima ha riguardato la possibile rilevanza del caso di specie per il diritto comunitario. Era sorto un dubbio se la fattispecie in questione potesse considerarsi compresa nella nozione di prestazione di servizi, a mente degli artt. 49 e 50 TCE, oppure se dovesse riqualeificarsi in termini di situazione puramente interna per il diritto olandese, vista la riqualeificazione giuridica elaborata dall'organo di vigilanza sulla base dell'attività posta in essere da TV10. A tal riguardo, la Corte, considerando la società un soggetto di diritto lussemburghese la cui sede sociale era da individuarsi nel Granducato e che la relativa attività originava da questo verso l'Olanda, ha chiosato affermando come «la circostanza che, secondo il giudice del rinvio, la TV10 si sia stabilita nel Granducato del Lussemburgo allo scopo di eludere la normativa olandese non esclude che le sue trasmissioni possano essere considerate quali servizi ai sensi del Trattato. Tale questione è infatti distinta da quella dell'individuazione dei provvedimenti che uno Stato può legittimamente adottare al fine di impedire che il prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro aggiri la normativa interna».

perseguite dalla legislazione olandese nel settore radiotelevisivo e rifacendosi alla precedente giurisprudenza – cause *Van Binsbergen e Veronica* – sottolinea come «*uno Stato membro può legittimamente equiparare ad un ente radiotelevisivo nazionale un ente radiofonico e televisivo stabilito in un altro Stato membro allo scopo di realizzare prestazioni di servizi dirette verso il suo territorio, in quanto tale misura mira ad impedire che, avvalendosi delle libertà garantite dal Trattato, gli enti che si stabiliscano in un altro Stato membro possano illegittimamente sottrarsi agli obblighi posti dalla normativa nazionale, nella specie quelli relativi al contenuto pluralistico e non commerciale dei programmi*».

Con tale sentenza, la Corte, se da un lato ribadisce i requisiti in presenza dei quali è possibile parlare di abuso nel senso *supra* descritto, dall'altro, però, non approfondisce la tematica relativa alla necessità di come provare la sussistenza della dimensione soggettiva. Dalle parole dei Giudici UE, l'utilizzo improprio del diritto europeo si sostanzia quando un'attività palesemente in contrasto con la *ratio* sottesa alla libertà di circolazione dei servizi - violazione che sussiste quando il centro dell'attività si sviluppa solo ed esclusivamente in uno Stato

membro diverso da quello di costituzione o di origine -, è accompagnata dall'estrinsecazione di quella peculiare volontà di abusare della libertà fondamentale al fine di sottrarsi all'applicazione della disciplina nazionale, a sua volta tesa a tutelare un interesse considerato rilevante per il diritto nazionale, *ergo* per quello europeo. Ora se la prova della dimensione oggettiva è *in re ipsa*, per quella soggettiva la Corte sembra elaborare una particolare forma di presunzione assoluta per la relativa individuazione - che, come si vedrà *infra*, è stata successivamente limitata nella sua efficacia prevedendo un onere della prova in capo allo Stato di destinazione. Nel momento in cui il centro dell'attività di un prestatore di servizi è collocato esclusivamente o principalmente in uno Stato diverso rispetto a quello da cui questo eroga il servizio e, come spesso accade, questo territorio risulta essere, contestualmente, anche lo Stato di origine del prestatore, allora l'intento di voler utilizzare impropriamente la disciplina europea per sottrarsi a quella nazionale è automaticamente provata. Sembrerebbe non essere più necessaria alcun tipo di indagine dal momento che i due requisiti richiesti risulterebbero integrati.

Preme sottolineare come la Corte in successive pronunce tenda a modificare il proprio orientamento. E lo fa ridimensionando l'efficacia della presunzione assoluta di abuso che si ancora alla dissociazione tra il luogo di insediamento del prestatore del servizio e il territorio nel quale la relativa attività viene effettivamente esercitata. A tal proposito, rilevante è la decisione pronunciata nella causa *Commissione c. Regno del Belgio*²¹⁷, avente ad oggetto l'applicazione della direttiva "televisione senza frontiere" 89/522/CE. In particolare, ciò si ricava, dal punto 65 della richiamata sentenza a mente del quale *«senza dover esaminare se, nel regime della direttiva 89/552, uno Stato membro possa ancora prendere, in virtù dell'art. 59 del Trattato, provvedimenti atti ad impedire che le libertà garantite dal Trattato vengano sfruttate da un prestatario di servizi la cui attività è interamente o principalmente orientata verso il suo territorio, onde sottrarsi alle norme alle quali sarebbe soggetto se fosse stabilito sul territorio di detto Stato, è sufficiente rilevare che, in ogni caso, detta giurisprudenza non autorizza uno Stato membro ad escludere in modo generale che taluni*

²¹⁷ Cfr. nota 158.

servizi possano essere forniti da operatori stabiliti in altri Stati membri, poiché ciò equivarrebbe a sopprimere la libera prestazione di servizi». Da tale inciso emerge che se da un lato non si può escludere la possibilità che un soggetto sfrutti il diritto europeo per sottrarsi ad una rigorosa disciplina nazionale, è pur vero però che non è possibile impedire *tout court* a soggetti economici, stabili nell'UE, di orientare la propria attività verso altri Stati membri diversi da quello di insediamento poiché in tal caso si sostanzierebbe la soppressione della libertà presuntivamente abusata. Dunque, non sempre l'integrazione di una fattispecie a U, possa ritenersi prova di una pratica abusiva²¹⁸.

A medesime conclusioni è giunto l'Avvocato generale Jacobs nelle cause riunite *De Agostini* e *TV-Shop*²¹⁹, le quali sono state recepite dalla Corte di Giustizia. Difatti, se al punto 45 del richiamato atto è ribadito che «... *non si può autorizzare uno Stato membro ad escludere in modo generale la prestazione di tali servizi da operatori stabiliti*

²¹⁸ In tal senso cfr. Corte di Giustizia, sentenza 10 settembre 1996, causa C-222/94, *Commissione c. UK*; sentenza 29 maggio 1997, causa C-14/96, *Denuit*; sentenza 5 giugno 1997, causa C-56/97, *VT4*.

²¹⁹ Cfr. nota 158.

in altri Stati membri, poiché ciò equivarrebbe a sopprimere la libera prestazione dei servizi», al punto 47 viene sottolineato come «... dal semplice fatto che un'emittente con sede in uno Stato membro trasmette programmi con lo scopo di farli ricevere in un altro Stato membro non si può dedurre che l'emittente stia cercando di eludere la normativa applicabile nello Stato membro di ricezione: l'emittente deve agire illegittimamente o abusivamente per far sì che si applichi il principio della sentenza Van Binsbergen», i.e. che l'attività del prestatore del servizio è destinata esclusivamente allo Stato di destinazione, nel cui territorio questo avrebbe dovuto stabilirsi. In realtà, è proprio l'Avvocato Generale che destituisce di fondamento l'efficacia di presunzioni a carattere assoluto relativamente a fenomeni di abuso nel settore della libera prestazione dei servizi. Postulando un «onere della prova (di tale abuso) ... sullo Stato membro che tenta di avvalersi di tale eccezione», chiarisce che se da un lato non è possibile negare l'esistenza di pratiche “sospette” nel sistema giuridico dell'Unione, dall'altro tale circostanza dovrà essere debitamente provata. Detto ciò, non è possibile trascurare la lacuna che caratterizza il passaggio relativo all'onere della prova. Dal momento che

per avere abuso del diritto è necessario tanto la dimensione oggettiva quanto quella soggettiva, nel momento in cui si precisa che non operano presunzioni assolute ma è necessario provare tale circostanza nasce il problema di dimostrare la sussistenza della volontà ad utilizzare impropriamente il diritto UE per sottrarsi ad una disciplina nazionale. L'onere della prova è richiamato ma non è specificato: non solo non è chiaro quali possono essere gli elementi in forza dei quali poter ritenere dimostrata l'intenzione abusiva ma anche quali regole procedurali devono essere rispettate affinché l'onere probatorio venga correttamente assolto.

3. La libertà di stabilimento e il suo esercizio abusivo.

Il problema dell'esercizio abusivo delle libertà fondamentali in danno agli ordinamenti nazionali ha interessato anche la disciplina relativa alla libertà di stabilimento, *ex art. 49*²²⁰ TFUE ai sensi del quale ogni

²²⁰ Art. 49 TFUE: «Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di

cittadino ha la possibilità di costituire e gestire un'impresa o intraprendere una qualsiasi attività economica in un paese dell'Unione Europea, tramite l'apertura di agenzie, filiali e succursali, nonché esercitare attività non salariate²²¹.

agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali».

²²¹ Sul punto cfr. Corte di Giustizia, sentenza 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard* che, sul requisito rilevante ai fini della libertà di stabilimento, ha sottolineato come «il diritto di stabilimento implica la possibilità, per un cittadino comunitario, di partecipare, in maniera stabile e continuativa, alla vita economica di uno Stato membro diverso dal proprio». Tale concetto è stato ribadito, *a contrariis*, nella sentenza 13 febbraio 2003, causa C-131/01, *Commissione c. Italia* in cui la Corte ha evidenziato che «il criterio decisivo ai fini dell'applicazione del capito del Trattato relativo ai servizi ad un'attività economica è l'assenza di carattere stabile e continuativo della partecipazione dell'interessato alla vita economica dello Stato membro ospitante». Ulteriori precisazioni sono state fornite dalla sentenza 11 dicembre 2003, causa C-215/01, *Schnitzer*, in cui i Supremi Giudici europei, trattando la libertà di prestazione dei servizi, hanno individuato elementi pratici affinché un'attività economica potesse essere inquadrata nella libertà di prestazione dei servizi, dunque, in quella di stabilimento in assenza dei requisiti richiesti per la prima. In particolare, secondo la Corte, rientrano nella nozione di servizi tanto quelli «la cui prestazione si estende per un periodo prolungato, persino per

Questioni di rilievo sono emerse in quel filone giurisprudenziale in cui il tentativo di esercitare la libertà di stabilimento da parte di un individuo nello Stato di cui questo era cittadino - trovandosi, dunque, in condizioni analoghe a quelle degli altri soggetti fruitori del suddetto diritto - è stata ostacolata in forza dell'interesse statale ad evitare che, grazie alle regole dei Trattati, i propri cittadini potessero sottrarsi alla legislazione interna. Il caso di scuola è rappresentato dalla sentenza *Knoors*²²². La Corte si è trovata a valutare la posizione del sig. Knoors, cittadino olandese, il quale aveva svolto per diversi anni in Belgio la professione di installatore idraulico-lattiniere e nei cui confronti le autorità dei Paesi Bassi negavano

anni, come ad esempio avviene per i servizi forniti nell'ambito della costruzione di un grande edificio quanto prestazioni che un operatore economico stabilito in uno Stato membro fornisce in maniera più o meno frequente o regolare, anche per un periodo di tempo prolungato, a persone stabilite in uno o più altri Stati membri, non essendo possibile determinare in maniera astratta, la durata o la frequenza a partire dal quale la fornitura di un servizio o di un certo tipo di servizio in un altro Stato membro, non può più essere considerata prestazione di servizi ai sensi del Trattato». Difatti, non si può parlare di prestazione di servizi ove il prestatore disponga di «un'infrastruttura che gli consenta di esercitarvi in maniera stabile e continuativa un'attività professionale e di offrire a partire dalla detta infrastruttura i suoi servizi, tra l'altro ai cittadini di questo stesso Stato».

²²² Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 7 febbraio 1979, causa C-115/78.

l'autorizzazione a svolgere la medesima attività nel Paese di origine (*i.e.* l'Olanda) in quanto privo dell'esperienza professionale richiesta. Tale decisione veniva giustificata sull'assunto che, essendo il sig. Knoors cittadino olandese, quest'ultimo non poteva invocare a proprio vantaggio la disciplina relativa alla libertà di stabilimento né, tantomeno, quella contenuta in una direttiva comunitaria²²³ che gli avrebbe consentito di ottenere il riconoscimento del proprio titolo professionale. La richiamata disposizione di diritto derivato individuava come beneficiari soltanto i cittadini di altri Stati membri e non anche quei soggetti che avevano la stessa cittadinanza dello Stato di stabilimento. La Corte, pur riconoscendo al soggetto il diritto di esercitare in Olanda la professione già svolta in Belgio, richiamando la *ratio* sottesa sia alla libera circolazione delle persone che a quella della libertà di stabilimento²²⁴,

²²³ Si allude alla Direttiva 7 luglio 1964, n. 64/427/CEE relativa all'attuazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi per le attività indipendenti di trasformazione delle classi 23 – 40 CITI (industria e artigianato).

²²⁴ La Corte interpreta la direttiva rivolta ai cittadini di tutti gli Stati membri, in forza delle libertà fondamentali che caratterizzano il sistema giuridico europeo. Secondo i Giudici europei «tali libertà fondamentali nel sistema della Comunità non sarebbero infatti pienamente realizzate se gli Stati membri potessero impedire di fruire del diritto comunitario a quelli tra i loro cittadini che si sono

non respinge la motivazione addotta dal Governo olandese per giustificare il provvedimento di diniego. Anzi, viene richiamata l'attenzione sulla circostanza che i cittadini di uno Stato membro, qualora utilizzino quanto offerto dal Trattato in maniera non conforme alle finalità sottese alle disposizioni di riferimento, generano fenomeni di abuso del diritto UE, ossia illegittime elusioni della disciplina interna di volta in volta considerata. Tale argomentazione è stata ripresa dalla Corte la quale, sebbene nel caso di specie non abbia ritenuto integrata la circostanza²²⁵, afferma che «*non si può cionondimeno non tener conto dell'interesse legittimo che uno Stato membro può avere*

valsi delle possibilità offerte in materia di circolazione e di stabilimento e che hanno acquisito, grazie ad esse, le qualifiche professionali contemplate dalla direttiva in un paese membro diverso da quello di cui posseggono la cittadinanza». In tal senso cfr. Corte di Giustizia, sentenza 7 febbraio 1979, causa C-136/78, *Auer*; sentenza 19 gennaio 1988, causa C-292/86, *Gullung*.

²²⁵ In particolare, la Corte ha sottolineato come nella fattispecie *de qua* il rischio di possibili abusi doveva ritenersi escluso in ragione del fatto che la direttiva 64/427/CEE stabiliva condizioni tassative quanto alla durata minima dei periodi di occupazione professionale in riferimento al mestiere di impiantatore di caldaie. Cfr. punto 26 della pronuncia per cui: «nella fattispecie, è cionondimeno opportuno considerare che, tenuto conto della natura dei mestieri di cui trattasi, le tassative condizioni formulate dall'art. 3 della direttiva n. 64/427, per quanto riguarda la durata dei periodi d'occupazione professionale, hanno l'effetto d'escludere, nei settori contemplati, il rischio di abusi segnalato dal Governo olandese».

ad impedire che, grazie alle possibilità offerte dal Trattato, taluni dei suoi cittadini tentino di sottrarsi abusivamente all'impero delle leggi nazionali in materia di preparazione professionale». Preme evidenziare come la rilevanza di tale sentenza non è semplicemente dovuta al fatto che la Corte, così come per il settore della libera prestazione di servizi, ha riconosciuto l'esistenza di possibili fenomeni di sottrazione normativa per mezzo del diritto UE e, dunque, l'esigenza di contrastarli. Il ragionamento dei Giudici si spinge oltre. Implicitamente si pone a confronto il principio di non discriminazione nella sua forma indiretta²²⁶ con l'interesse statale ad evitare che il diritto nazionale venga eluso per mero esercizio improprio del diritto UE. Anche se la Corte non si sofferma su tale accostamento, la sentenza sembra indicare la prevalenza dell'interesse nazionale a tutelare il proprio sistema di norme a fronte di circostanze discriminatorie a

²²⁶ La discriminazione indiretta, anche definita occulta, è una particolare estrinsecazione del principio generale di non discriminazione. A differenza delle discriminazioni palesi o dirette - in quanto direttamente basate, a seconda dei casi, sulla cittadinanza o sul sesso - quelle indirette, sebbene basate su altri criteri, hanno lo stesso effetto delle prime. In tal senso cfr. Corte di Giustizia, sentenza 12 febbraio 1974, causa C-152/73, *Sotgiu*; sentenza 2 febbraio 1989, causa C-186/87, *Cowan*; sentenza 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Gracia Avello*.

scapito del singolo individuo. La rilevanza di tale considerazione non può essere trascurata. In un'ottica di bilanciamento di interessi, la ragione pubblica prevale su quella privata nel momento in cui, come nel caso si specie, è in gioco non solo la coerenza sistematica del sistema di norme interne ma anche e soprattutto la corretta interpretazione ed applicazione del diritto europeo.

Sulla scia di tale sentenza, la Corte, almeno astrattamente, ammette la possibile configurazione di fattispecie abusive del diritto europeo anche in settori non pienamente armonizzati. Ciò è quanto emerge dalle sentenze *Van De Bijl*²²⁷ e *Bouchoucha*²²⁸ che, in fattispecie

²²⁷ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 27 settembre 1989, causa C-130/88. La Corte ha riconosciuto il diritto dell'autorità olandese di rifiutare l'autorizzazione all'esercizio di un'attività professionale ad un proprio cittadino in quanto quest'ultimo, pur rivendicando il diritto all'applicazione della 64/427/CEE a seguito di un'attestazione di svolgimento di una pregressa attività professionale in un altro Stato membro, aveva ottenuto tale attestazione in maniera impropria ovvero in frode alla legge nazionale, in quanto aveva dichiarato il falso. È curioso sottolineare che mentre l'Avvocato generale ha risolto la questione alla luce del principio «*fraus omnia corrumpit*», la Corte, di converso, ha utilizzato la locuzione «*inesattezza manifesta*», non chiarendo se con tale perifrasi si dovesse intendere una mera svista formale ovvero un errore sostanziale.

²²⁸ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 3 ottobre 1990, causa C-61/89. La sentenza ha avuto ad oggetto la particolare situazione del Sig. Bouchoucha, cittadino francese residente in Francia, il quale

speculari a quella della sentenza *Knoors*, riconoscono la necessità dello Stato membro di impedire che, mediante un utilizzo distorto della libertà di stabilimento, si possano verificare fenomeni di elusione normativa, con particolare riferimento alle disposizioni professionali del Paese di origine.

Particolarmente interessanti sono le conclusioni a cui giunge la Corte di Giustizia nella sentenza *Kraus*²²⁹. Alla

richiedeva alle autorità locali il riconoscimento del diploma di osteopata ottenuto in UK, dal momento che tal professione era riservata dalla legislazione francese solo ed esclusivamente ai laureati in medicina. In assenza di una disciplina comunitaria che contemplasse le qualifiche professionali afferenti un'attività paramedica, i Giudici sono giunti alla conclusione che la determinazione degli atti riservati alla professione medica (e paramedica) fossero di competenza nazionale e che le norme di stabilimento ammettevano ad uno Stato di riservare l'esercizio di una professione paramedica ai possessori di una laurea in medicina. A tal proposito, i Giudici hanno sottolineato l'impossibilità di riconoscere come legittimo l'interesse dello Stato ad impedire che i propri cittadini, grazie alle possibilità offerte dal diritto comunitario, potessero sottrarsi alle leggi nazionali sulla preparazione professionale, circostanza che si concretizzerebbe «se il fatto, per un cittadino di uno Stato membro, di aver ottenuto in un altro Stato membro un diploma, la cui estensione e il cui valore non sono riconosciuti da alcuna disposizione comunitaria, potesse obbligare lo Stato membro d'origine a consentirgli di svolgere sul suo territorio le attività connesse a tale diploma, allorché lo svolgimento di siffatte attività è ivi riservato ai possessori di qualifiche superiore reciprocamente riconosciuta a livello comunitario e che tale riserva non appare arbitraria».

²²⁹ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 31 marzo 1993, causa C-19/92.

luce di quel bilanciamento di interessi contemplato nella sentenza *Knoors*, il Collegio europeo eleva la coerenza e l'integrità del sistema nazionale a motivi di interesse generale in forza dei quali giustificare atti volti a contrastare l'esercizio abusivo delle opportunità offerte dal Trattato. La fattispecie riguardava il comportamento di un cittadino tedesco, il sig. Kraus, il quale si era avvalso del titolo di LLM ottenuto presso un'università della Gran Bretagna, senza, però, richiedere un'apposita autorizzazione alle autorità tedesche per l'utilizzo dello stesso in patria, così come previsto dalla disciplina nazionale sull'impiego dei diplomi di laurea e post-laurea conseguiti all'estero. La Corte, richiesta di pronunciarsi sulla possibilità da parte di uno Stato membro di non riconoscere il valore di un attestato conseguito al di fuori dei confini nazionali, sottolinea come la suddetta normativa non possa costituire una restrizione, né in atto né in potenza, delle libertà fondamentali²³⁰, a meno che il

²³⁰ Nel caso di specie i Supremi Giudici, al punto 32, statuiscono che «ostano a qualsiasi provvedimento, relativo ai presupposti dell'uso di un titolo universitario integrativo conseguito in un altro Stato membro, il quale, anche se si applica senza discriminazioni in base alla cittadinanza, può ostacolare o scoraggiare, l'esercizio, da parte dei cittadini comunitari, compresi quelli dello Stato membro

legislatore nazionale postuli un motivo imperativo di interesse generale che legittimi tale limitazione. La Corte evidenzia come in settori privi di completa armonizzazione, come quello dei diplomi conseguiti all'estero, gli Stati membri possano adottare misure interne, purché improntate al principio della proporzionalità, idonee ad evitare che i singoli utilizzino abusivamente quanto offerto dall'ordinamento UE. È elevato ad interesse legittimo, idoneo a giustificare una restrizione, ad opera dello Stato membro interessato, delle libertà fondamentali, la tutela della collettività nazionale contro l'impiego abusivo di queste ultime (nel caso di specie dei titoli universitari esteri utilizzati in maniera non conforme al dettato nazionale). L'argomentazione della Corte²³¹ è particolarmente interessante dal momento che la situazione di sfruttamento abusivo delle libertà fondamentali va a costituire una valida motivazione per giustificare le restrizioni nazionali a tale fruizione impropria, ossia contraria alla *ratio* fondante le suddette libertà, anche e soprattutto quando si opera in settori privi

che ha emanato il provvedimento stesso, delle libertà fondamentali garantite dal Trattato».

²³¹ Cfr, GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, op. cit..

di un sistema comune di tutela normativa. Difatti, sarebbe fuori da ogni logica di sistema non ammettere tale forma di garanzia anche per quei settori privi di una base normativa comune. Il comportamento abusivo non può rilevare a seconda se l'ambito giuridico in cui si manifesta sia armonizzato o meno. Risulterebbe eccessivamente riduttivo dal momento che ciò che è in gioco è la coerenza sistematica che non ammette azioni il cui unico scopo è quello di ottenere vantaggi impropri a scapito non solo dei singoli ordinamenti nazionali ma dello stesso diritto dell'Unione Europea.

Particolarmente interessante è la sentenza *Centros Ltd*²³² in cui la Corte di Giustizia aggiunge un nuovo elemento interpretativo e ricostruttivo per lo studio dell'abuso del diritto. La decisione prende le mosse dalla peculiare situazione della società *Centros Ltd*, società a responsabilità limitata di diritto inglese costituita da soggetti residenti in Danimarca la quale, pur non svolgendo alcun tipo di attività in UK, invocava il diritto di istituire una succursale nel territorio scandinavo. Le autorità danesi si erano opposte a tale operazione

²³² Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 9 marzo 1999, causa C-212/97.

economica poiché valutata idonea ad aggirare le disposizioni nazionali in tema di costituzione di società a responsabilità limitata²³³, ergo abusiva della libertà di stabilimento. Investiti della questione, i Supremi Giudici europei individuano gli elementi in presenza dei quali l'abuso del diritto UE possa ritenersi integrato. Partendo dall'assunto che ogni Stato membro è libero di impedire ai propri cittadini di sottrarsi all'impero delle leggi nazionali grazie alle possibilità offerte dall'ordinamento europeo e, quindi, di non poter avvalersi in maniera abusiva del diritto UE, la Corte sottolinea che, per negare ai singoli individui la fruizione impropria del diritto UE, è necessario non solo prendere in considerazione gli elementi obiettivi

²³³ La legislazione danese riconosceva alle società a responsabilità limitata costituite secondo la *lex societatis* di un altro Stato UE la possibilità di svolgere la propria attività in Danimarca previa registrazione, senza alcun tipo di condizione aggiuntiva a riguardo. In realtà, l'Amministrazione danese era solita verificare che la registrazione della società *branch* non fosse altro che un semplice quanto astuto veicolo per aggirare le disposizioni nazionali in tema di costituzione di società a responsabilità limitata che richiedevano, a tal fine, un capitale minimo iniziale. Diretta conseguenza era l'inevitabile attività di accertamento, sulla base della cooperazione delle autorità amministrative dello spazio comunitario, che veniva posta in essere per verificare che la società, nello Stato di costituzione, fosse caratterizzata da un'attività concreta e reale. Nel caso di specie, la società non aveva mai posto in essere alcun tipo di attività economica.

dell'azione realizzata ma anche e soprattutto le finalità sottese alle disposizioni sovranazionali messe in stretta relazione con quelle che hanno spinto il singolo ad agire. La Corte evidenzia che le norme relative al diritto di stabilimento, attribuendo alle società costituite conformemente alla normativa di uno Stato membro, la possibilità di svolgere la medesima attività negli altri Stati UE per il tramite di una succursale, un'agenzia o una filiale, conferiscono ai soggetti la possibilità di scegliere il luogo dove poter agire e, dunque, poter costituire una società. Tale facoltà di scelta non può costituire abuso del diritto di stabilimento salvo che il titolare di tale libertà la eserciti in maniera irragionevole, al fine di ottenere, con danno altrui, vantaggi illeciti e palesemente estranei all'obiettivo perseguito dal legislatore che ha conferito all'individuo quella determinata situazione soggettiva²³⁴. Sebbene la Corte non ravvisi, nel caso *de quo*, alcun tipo di fenomeno abusivo del diritto UE²³⁵, è importante

²³⁴ Cfr. punto 20 delle Conclusioni dell'Avvocato Generale La Pergola. Nello stesso senso cfr. punto 28 della sentenza 12 maggio 1998, causa C-367/96, *Kefalas*; sentenza 23 marzo 2000, causa C-373/97, *Diamantis*.

²³⁵ La Corte afferma l'incompatibilità della normativa danese con la libertà di stabilimento in quanto eccessivamente restrittiva del diritto in questione.

sottolineare come l'organo giurisdizionale, per valutare l'azione posta in essere, faccia espresso riferimento non solo alla dimensione oggettiva del comportamento ma anche a quella soggettiva. Dalla ricostruzione dei Giudici emerge come quest'ultimo elemento debba essere valutato non solo mettendo a confronto le intenzioni del singolo che emergono dall'azione posta in essere con le finalità ultime della disposizione normativa oggetto di raggiro ma anche alla luce dell'eventuale danno procurato a terzi, quale prova inconfutabile della realizzazione del vantaggio illecito e, dunque, palesemente estraneo alla *ratio* della norma in questione. Inoltre, la Corte chiarisce come il potere di intervento degli Stati membri, volto ad ostacolare o a scoraggiare l'esercizio abusivo del diritto UE, possa estrinsecarsi in provvedimenti nazionali (i) improntati al principio di non discriminazione, (ii) giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico, (iii) idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito; ed in ultimo (iv) necessari per il raggiungimento di quest'ultimo, pena la restrizione stessa della libertà fondamentale e, quindi, illegittimi per il diritto UE²³⁶.

²³⁶ In particolare, sul problema dell'abuso del diritto, la Corte di Giustizia con la sentenza *Centros Ltd* si è espressa in tal senso: «la

Ecco che per la prima volta all'elemento soggettivo viene attribuita "sostanza", o meglio dire, vengono indicate le modalità per rilevare la peculiare intenzione che si pone quale condizione imprescindibile per l'esistenza di una fattispecie abusiva. In particolare, il vantaggio indebitamente ottenuto, la divergenza tra quanto effettivamente conseguito e quanto normativamente previsto nonché l'eventuale danno a terzi risultano gli elementi attraverso i quali è possibile accertare la volontà abusiva di un comportamento posto in essere in forza di una disposizione europea. A ciò si aggiunga come i Giudici, sulla scia di quanto precisato nella sentenza *Knoors*, postulino la lotta alle pratiche abusive a

circostanza 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 sembrano meno severe e crei succursali in altri Stati membri non può costituire abuso, anche nell'ipotesi in cui la società costituita nel primo Stato diriga la propria attività esclusivamente o principalmente verso altri Stati membri per il tramite di un'agenzia, succursale o filiale, a meno che l'operazione economica posta in essere risulti essere, sia da un punto di vista oggettivo che soggettivo, in palese contrasto con le finalità ultime perseguite dal legislatore», facendo salva «la possibilità per gli Stati membri di introdurre disposizioni volte a contrastare gli abusi, posto che le norme del Trattato consentono effettivamente, entro certi limiti, l'applicazione di un regime speciale per le società costituite secondo il diritto di un altro Stato membro, purché questo regime speciale sia giustificato da motivi di ordine pubblico, di sicurezza o di pubblica sanità».

fondamento della possibile disparità di trattamento nei confronti di una società costituita secondo il diritto di un altro Stato membro²³⁷, a tutela proprio della coerenza del diritto UE. Dovendo valutare l'abusività del comportamento alla luce delle finalità che spingono il soggetto ad agire e degli obiettivi della normativa europea in questione, è riconosciuto il potere agli Stati membri di ostacolare, anche in via preventiva, comportamenti impropri attraverso disposizioni nazionali che, in ossequio ai principi della supremazia del diritto europeo e di proporzionalità, non devono andare oltre quanto necessario per contrastare tutte quelle situazioni nelle quali l'esercizio delle libertà fondamentali da parte del soggetto sia solo apparente e tale apparenza sia stata artificialmente creata onde sfuggire all'applicazione della normativa nazionale. In altri termini, sebbene non sia possibile, *prime facie*, pregiudicare la piena quanto uniforme applicazione delle disposizioni europee nei sistemi giuridici nazionali, si riconosce agli Stati il potere di contrastare i comportamenti che si manifestano in termini di abuso del diritto UE,

²³⁷ Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia, sentenza 30 settembre 2003, causa C-167/10, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art. Ltd*; sentenza 29 aprile 2004, causa C-171/02, *Commissione c. Repubblica portoghese*.

lasciando ai giudici il compito di accertare, *case by case*, l'esistenza di tale circostanza alla luce della *ratio* sottesa alla disciplina europea oggetto di utilizzo illegittimo. Detto ciò relativamente alla libertà di stabilimento, emerge la differenza che sussiste con la libera circolazione dei servizi. Se, con riferimento a quest'ultimo ambito normativo, la fattispecie abusiva può ritenersi innanzitutto integrata sulla base del cd. effetto a U, nella libertà di stabilimento, invece, l'integrazione di un semplice comportamento apparentemente improprio non è sinonimo di abuso; anzi è necessario indagare la sussistenza dell'elemento soggettivo che si erge a spartiacque tra il lecito e il non lecito. Forse tale diverso trattamento riscontrato sul piano giurisprudenziale è frutto non solo del peculiare tenore letterale che distingue la libertà di stabilimento dalla libera prestazione di servizi, ma anche della diversa natura delle disposizioni nazionali interessate da possibili manovre abusive a seconda che queste ultime si sostanzino o meno nella costituzione di uno stabilimento secondario.

4. La circolazione dei lavoratori.

L'abuso delle libertà fondamentali potrebbe sostanzarsi non solo quando l'azione del soggetto sia finalizzata a sfuggire all'applicazione della normativa nazionale di riferimento bensì quando si agisca con il fine ultimo di usufruire impropriamente di determinate prestazioni o situazioni di vantaggio contemplate da un sistema giuridico.

Particolarmente interessante è la sentenza *Lair*²³⁸. La Sig.ra Lair, cittadina francese residente in Germania, a partire dalla fine degli anni '70 a periodi di lavoro prestato in via continuativa aveva alternato periodi in cui la condizione di disoccupata seguiva a quella di occupata e viceversa. Successivamente all'ultimo impiego ricoperto, presentava l'iscrizione ad un corso di laurea presso il polo universitario di Hannover e, contestualmente, faceva richiesta di una borsa di studio per la copertura delle spese di iscrizione nonché quelle di vitto, alloggio e materiali di studio. L'amministrazione universitaria, verificata la copiosa documentazione richiesta per l'attribuzione del

²³⁸ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 21 giugno 1998, causa C-39/86, *Sylvie Lair c. Universität Hannover*.

sussidio, rigettava l'istanza, giustificando la propria decisione in forza della legge federale sull'istruzione che garantiva, per gli individui non nati in Germania, la possibilità di usufruire di borse di studio solo se il richiedente avesse ivi svolto un'attività di lavoro, in via continuativa, per almeno cinque anni. L'istante, pur non integrando il requisito temporale, impugnava il suddetto diniego innanzi al giudice di primo grado del Tribunale di Hannover il quale, a sua volta, rinviava alla Corte di Giustizia al fine di valutare la compatibilità della disciplina nazionale in questione con il Reg. 15 ottobre 1968, n. 1612/68 "relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità". In particolare, si chiedeva quale fosse l'esatta portata dell'art. 7 del suddetto atto regolamentare a mente del quale il lavoratore cittadino di uno Stato membro non può essere soggetto, nel territorio dell'Unione, ad un trattamento diverso rispetto a quello previsto per i lavoratori nazionali nello stesso Paese in cui questo si trovi, potendo godere, altresì, dei vantaggi sociali riconosciuti a questi ultimi. Sul punto, la Corte, sebbene nel caso di specie abbia destituito di fondamento il

provvedimento di diniego opposto alla Sig.ra Lair, attribuendo a quest'ultima il sussidio richiesto²³⁹, riconosce, tuttavia, alla normativa nazionale piena validità in quanto contempla uno strumento volto a prevenire fenomeni abusivi che potrebbero sostanzarsi in tutte quelle situazioni per cui un lavoratore entri in uno Stato membro «*al solo scopo di fruirvi del sistema di sussidi agli studenti, dopo un brevissimo periodo di attività lavorativa*». Le parole della Corte sono particolarmente rilevanti dal momento che, non reputando legittime tali forme di utilizzo della disciplina europea, ammette la possibilità di negare validità all'azione posta in essere nel momento in cui gli elementi oggettivi della fattispecie rivelino la volontà di acquisire impropriamente la veste di lavoratore secondo il diritto UE per ottenere un vantaggio socio – economico non altrimenti garantito. Nel momento in cui si riesca a provare l'esistenza di una costruzione

²³⁹ La Corte, ai punti 40-42, statuisce come un soggetto che, a seguito di un'attività lavorativa nello Stato di insediamento, abbia intrapreso un percorso universitario finalizzato al conseguimento di un diploma accademico – professionale, mantenga la veste giuridica di lavoratore ai sensi del suddetto art. 7 e, dunque, abbia il diritto di godere degli stessi vantaggi (*i.e.* il sussidio per la formazione universitaria) concessi ai cittadini di quello stesso Stato.

artificiosa volta alla fruizione di agevolazione sociali che uno Stato membro concede ai lavoratori sulla base della disciplina europea, allora non solo l'abuso del diritto UE si palesa ma questa circostanza lascia il passo alle disposizioni nazionali (anti-abuso) poste a tutela dell'ordinamento nazionale in questione e, dunque, della corretta ed uniforme applicazione del diritto europeo.

Degno di nota è il caso *Paletta*²⁴⁰, in cui il problema è stato analizzato in relazione al rapporto intercorrente tra la libera circolazione dei lavoratori e l'inabilità al lavoro comprovata da un certificato medico di dubbia legittimità. La Corte si è trovata a dirimere la controversia sollevata dal sig. Paletta, cittadino italiano residente in Germania per esigenze lavorative il quale, tornato in Italia per trascorrere le vacanze estive, in prossimità della scadenza del termine di ferie concesso dal proprio datore di lavoro tedesco, si dichiarava malato. Per giustificare il mancato rientro in Germania in virtù della sostenuta inabilità lavorativa, Paletta produceva, come prova della malattia, diversi certificati medici rilasciati dal Servizio Sanitario Nazionale italiano e sulla base di questa documentazione ufficiale

²⁴⁰ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 2 maggio 1996, causa C-206/94.

pretendeva dal datore di lavoro il pagamento del salario nonché del sussidio di inabilità. A fondamento dell'istanza il ricorrente richiamava la disciplina tedesca concernente la salvaguardia della retribuzione dei lavoratori dipendenti la quale prevedeva il diritto per questi ultimi alla corresponsione del salario anche in caso di malattia, con versamento di un sussidio per l'inabilità al lavoro, purché tutto sia comprovato da certificati medici ufficiali. La società tedesca, non considerando valida la documentazione medica prodotta, non procedeva al versamento delle somme richieste. Il sig. Paletta adiva l'autorità giudiziaria tedesca la quale, già in primo grado, rinviava alla Corte di Giustizia. La questione pregiudiziale originava dalla circostanza che in materia di sicurezza sociale il Reg. 21 marzo 1974, n. 574/72, all'art. 18 contempla l'obbligo per il datore di lavoro di corrispondere, in caso di malattia del dipendente, il salario ordinario e il sussidio per la relativa inabilità al lavoro qualora ciò fosse stato comprovato a seguito di accertamenti effettuati dall'Ente del luogo di soggiorno del lavoratore, lasciando la possibilità per l'azienda di inviare

propri medici in loco per effettuare la visita medica. Con una prima sentenza²⁴¹, i Giudici europei, riconoscendo l'effettività della disciplina sovranazionale *supra* menzionata, riconoscevano al cittadino italiano la percezione di quanto richiesto alla società tedesca. A seguito della pronuncia del giudice nazionale, in linea con quanto deciso sul piano europeo, l'azienda tedesca proponeva prima appello e successivamente ricorso per cassazione. Il Supremo Giudice di legittimità ha ritenuto opportuno rinviare nuovamente alla Corte di Giustizia al fine di interrogare il Collegio europeo su come poter contrastare i fenomeni abusivi. Partendo dalla constatazione che i certificati medici potevano attestare il falso, si chiedeva alla Corte se, alla luce della sentenza pronunciata precedentemente, la lettera dell'art. 18 del Reg. n. 574/1972 potesse impedire al datore di lavoro di provare l'esistenza di fattispecie abusive, ossia che attraverso il veicolo della disciplina europea un lavoratore dipendente, procuratosi i certificati di inabilità in modo illecito, potesse ottenere il riconoscimento dell'indennità, sebbene tale richiesta fosse viziata *ab origine*. La Corte,

²⁴¹ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 3 giugno 1992, causa C-45/90, *Alberto Paletta e altri c. Brennet AG*.

sottolineando come non sia possibile avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario (europeo) e che la valutazione delle pratiche abusive debba essere condotta alla luce delle finalità ultime perseguite dalla disposizione applicata, statuisce che il vincolo regolamentare creato in capo al datore di lavoro non impedisce a quest'ultimo di poter raccogliere elementi di prova volti ad accertare *«la sussistenza di un comportamento abusivo o fraudolento risultante dal fatto che il lavoratore, nonostante dichiarare un'inabilità al lavoro comprovata conformemente all'art. 18 del regolamento n. 574/72, non è stato malato»*.

Il caso prospettato si presenta particolarmente interessante non tanto perché la fattispecie abusiva si innesta sull'esistenza di un palese accordo illegale tra il singolo individuo che dichiara il falso e la Pubblica Amministrazione che, connivente, attesta come vero ciò che non lo è - sfociando addirittura nel penale -, ma soprattutto poiché la pronuncia, sulla scia delle sentenze *Centros Ltd*, *Knoors* e *Lair*, ribadisce in che modo sia necessario valutare ed analizzare una fattispecie abusiva.

Come autorevole Dottrina ha sottolineato²⁴², la decisione in commento nello stabilire che per accertare la sussistenza di un comportamento abusivo si debba valutare il risultato concretamente raggiunto alla luce delle finalità ultime che informano la disposizione sovranazionale, di volta in volta, invocata, *i.e.* abusata, individua il metodo che il giudice nazionale deve seguire per riconoscere o meno la legittimità del comportamento del singolo. Innanzitutto si dovrà partire dall'analisi del dato normativo. In particolare, lo studio della norma a cui si ancora il comportamento del singolo individuo dovrà condurre all'esatta individuazione del bene giuridicamente tutelato e, dunque, delle azioni considerate idonee per usufruire legittimamente dei vantaggi che originano da tale posizione giuridica. Ciò costituirà la base per dar vita a quel processo di comparazione tra l'azione istituzionalmente ammessa e l'effettivo comportamento che il singolo ha realizzato. Proprio tale confronto sarà lo strumento nelle mani del giudice per individuare quelle anomalie o costruzioni artificiali su cui si fonda l'azione del singolo che, discostandosi dallo schema di

²⁴² Cfr. GESTRI, *Abuso e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, op. cit., p. 118.

comportamento previsto dalla norma, evidenzia la volontà di abusare della norma in questione, ossia di raggiungere impropriamente un vantaggio di cui non se ne avrebbe alcun titolo.

I principi enunciati nelle *supra* menzionate sentenze sono stati riproposti nella pronuncia *Ninni - Orasche*²⁴³. In particolare, la sig.ra Ninni – Orasche, dopo un breve periodo di lavoro a tempo determinato prestato nello Stato di insediamento, chiedeva il riconoscimento di una sovvenzione per la formazione universitaria prevista in tale Paese per i lavoratori che coniugassero anche lo *status* di studente universitario. I Supremi Giudici europei, interpellati sul caso *de quo*, statuiscono, nuovamente, che la normativa europea in materia di libera circolazione dei lavoratori - così come quella afferente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi - non riconosce legittime quelle situazioni (abusive) nelle quali, come nel caso di specie, un cittadino di uno Stato membro si trasferisca in un altro Stato con il solo scopo, a seguito di un breve quanto inconsistente periodo di lavoro, di

²⁴³ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 6 novembre 2003, causa C-413/01, *Franca Ninni Orasche c. Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst*.

beneficiare della disciplina assistenziale relativa agli studenti - lavoratori dello Stato di insediamento, diverso da quello di origine. La Corte, inoltre, ribadisce come il compito del giudice nazionale debba estrinsecarsi nel valutare, alla luce delle finalità ultime della disposizione europea, se una fattispecie abusiva possa ritenersi intergrata partendo dall'assunto che non si può parlare di abuso del diritto UE qualora l'attività lavorativa esercitata a tempo determinato, per un periodo limitato, da un cittadino di uno Stato membro in un altro Stato membro, di cui non possiede la cittadinanza, risulti essere non puramente marginale ed accessoria e, dunque, non volta ad ottenere, artificiosamente, quel requisito, *i.e.* lo *status* di lavoratore subordinato, necessario per la sovvenzione statale. Il contrasto alle pratiche abusive origina proprio da quel confronto tra azioni e finalità normativamente tutelate con azioni e finalità del soggetto che agisce, poiché sono in tal modo il giudice è in grado di cogliere l'elemento che determina l'abusività di un comportamento. Se da un lato vi è l'esigenza di garantire il legittimo godimento delle posizioni giuridiche UE, dall'altro vi è la necessità di destituire di fondamento tutte quelle azioni che,

fondandosi su artifici od espedienti, garantiscono un *quid pluris* non dovuto.

Sempre con riferimento alle pratiche poste in essere dai lavoratori migranti nel territorio dell'Unione Europea, volte al raggiungimento di benefici concessi da Stati diversi da quelli di appartenenza, la Corte, nella sentenza *Akrich*²⁴⁴, definisce abusive tutte quelle ipotesi in cui, grazie alle possibilità offerte dal diritto UE relativamente al ricongiungimento familiare²⁴⁵, vengono contratti

²⁴⁴ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 23 settembre 2003, causa C-109/01, *Secretary of State for the Home Department c. Hacene Akrich*.

²⁴⁵ Il diritto al ricongiungimento familiare è stato regolamentato, in maniera puntuale, dall'art. 10 del Reg. n. 1612/68, a mente del quale i familiari del lavoratore possono stabilirsi presso il relativo congiunto, qualunque sia la loro cittadinanza. Secondo il dettato normativo, tale diritto riguarda, *in primis*, il coniuge (nella cui nozione non è incluso il partner dello stesso sesso del lavoratore, nemmeno qualora si tratti di unioni registrate. Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 17 febbraio 1998, causa C-249/96, *Grant*); i discendenti minori di 21 anni o a carico; gli ascendenti del lavoratore o del coniuge che siano a carico. Si sottolinea che il coniuge e i figli minori o a carico godono inoltre del diritto di accesso alle attività subordinate, accesso che deve avvenire alle stesse condizioni di parità rispetto ai cittadini nazionali. (Si sottolinea che il ricongiungimento familiare tra i cittadini dell'Unione e i loro familiari cittadini di paesi terzi è regolato dalla direttiva 2004/38/CE, che si applica però unicamente al cittadino dell'Unione che si reca o soggiorna o ha soggiornato in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza e ai familiari che lo accompagnano o lo raggiungono). La disciplina

regolamentare è stata, poi, rifiuta nella direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, «*relativa al diritto al ricongiungimento familiare*», atto con il quale la Comunità ha finalmente affrontato in maniera più approfondita la complessa problematica riguardante il diritto al ricongiungimento familiare, aspetto indubbiamente essenziale di una politica comune di immigrazione. Il Consiglio, con tale direttiva, ha stabilito che il diritto al ricongiungimento familiare, riconosciuto ai migranti, costituisce il principale corollario del diritto al rispetto della vita familiare, protetta, oltre che dall'articolo 8 della CEDU, da ulteriori strumenti di diritto internazionale. Secondo la Corte di Giustizia questo diritto fa anche parte dei diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento giuridico comunitario, in quanto principio generale del diritto. L'Italia ha recepito la normativa europea tramite il D.lgs. n. 5 dell'8 gennaio 2007 con notevole ritardo (la scadenza prevista era il 3 ottobre 2005), a dimostrazione delle lunghe e difficili resistenze incontrate all'interno del Governo nel cercare di coniugare le politiche comunitarie e quelle nazionali in tema di immigrazione. Successivamente sono state emanate nuove modifiche ed integrazioni tramite decreti legislativi (D.lgs. 160/08 e L. n. 94/09) volti a porre delle restrizioni in materia di diritto all'unità familiare per i cittadini stranieri. Tali modifiche sono state poste spesso sotto l'etichetta di misure volte a garantire la sicurezza del Paese, sebbene incidano in maniera sostanziale sui diritti dei migranti. Sul tema *de qua*, la Commissione europea, attraverso il Libro verde sul diritto al ricongiungimento familiare per i cittadini di paesi terzi che vivono nell'Unione europea (direttiva 2003/86/CE) – COM(2011) 735 definitivo, del 15 novembre 2011, ha chiesto agli Stati membri di presentare le proprie osservazioni sullo stato dell'arte circa l'applicazione e, dunque, gli effetti della direttiva in seno ai singoli ordinamenti. Alla luce delle argomentazioni nazionali, la Commissione sarà in grado di individuare in che modo ottenere norme più efficaci sul ricongiungimento familiare a livello dell'Unione, nonché potrà raccogliere informazioni e dati sull'applicazione della direttiva che supportino la valutazione qualitativa svolta, senza perdere di vista lo scopo della direttiva stessa: fissare le condizioni per l'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare e facilitare l'integrazione

matrimoni di comodo al fine di aggirare le disposizioni aventi ad oggetto l'ingresso e il soggiorno di cittadini terzi²⁴⁶, risultando irrilevanti i motivi che hanno spinto il lavoratore di uno Stato UE a cercare un'occupazione in un altro Stato membro.

In termini ancora più espliciti si è espressa la Corte di Giustizia relativamente alla pratica di matrimoni fittizi. Nel precisare come il diritto al trasferimento in un altro Stato ed il ritorno nello Stato di origine, insieme ai vantaggi che ne derivano in capo ad un lavoratore, si estendano al coniuge, anche se cittadino di uno Stato terzo, con il quale vive, sottolinea come tale diritto debba essere limitato in presenza di un matrimonio non autentico – *i.e.* matrimonio di comodo contratto al fine di eludere le disposizioni relative all'ingresso ed al soggiorno di cittadini di Paesi terzi. In tal caso, ci si troverebbe di fronte ad un abuso del diritto alla libera circolazione dei

dei cittadini di Paesi terzi che rispettano le condizioni vigenti nello Stato membro interessato.

²⁴⁶ La Corte, invece, ha sottolineato che la valutazione della situazione giuridica della coppia al momento del ritorno nello Stato membro in cui il lavoratore è cittadino deve prescindere dai motivi che hanno spinto il lavoratore di uno Stato membro a cercare un'occupazione in altro Paese UE.

lavoratori²⁴⁷. Tale azione, fondandosi su di una costruzione artificiosa, garantirebbe ad un soggetto una posizione di vantaggio di cui non potrebbe usufruire se non in presenza di tale artificiosità.

Ulteriori considerazioni sulla tematica in esame, si desumono dalle pronunce dalla Corte relativamente al distacco del personale all'estero. Con le sentenze *Viking*²⁴⁸ e *Laval*²⁴⁹, l'organo giurisdizionale europeo ha ritenuto ammissibili le restrizioni delle libertà di prestazioni di servizi e di stabilimento qualora queste ultime vengano impiegate impropriamente, ossia per ottenere vantaggi indebiti in palese contrasto con il diritto allo sciopero per il lavoratore dipendente. Sebbene la Corte non alluda mai al concetto di abuso del diritto UE, questo sembra emergere dall'*iter* logico-giuridico che l'organo giurisdizionale elabora per giustificare le suddette

²⁴⁷ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 22 dicembre 2010, causa C-303/08, *Bozkurt*.

²⁴⁸ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 11 dicembre 2007, C-439/2005, *Viking Line ABP*.

²⁴⁹ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd contro Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan e Svenska Elektrikerförbundet*.

restrizioni al fine di tutelare peculiari diritti personali, stante la natura non solo economica dell'Unione.

Nella pronuncia *Viking*, l'oggetto del giudizio era un'iniziativa sindacale di sciopero, volta ad impedire, mediante la stipulazione di contratti collettivi, gli effetti pregiudizievoli che sarebbero potuti scaturire per i lavoratori dipendenti dal mutamento di bandiera, da finlandese ad estone, di una nave. Nella sentenza *Laval*, oggetto del giudizio era la pretesa avanzata da un sindacato nei confronti di un'impresa lettone di applicare ai propri dipendenti distaccati in Svezia le condizioni lavorative previste da tale Stato, in luogo di quelle previste dalla legislazione lettone. Sebbene la Corte abbia sancito il diritto delle imprese ad utilizzare le libertà fondamentali in conformità al proprio indirizzo economico, allo stesso tempo sottolinea come il loro impiego postuli l'osservanza del «*diritto dei privati*», comprensivo, *inter alia*, del rispetto della contrattazione collettiva nonché del diritto allo sciopero. Difatti, «*la Comunità non ha soltanto una finalità economica, ma anche una finalità sociale e dunque i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli*

obiettivi perseguiti dalla politica sociale». Dunque, nel momento in cui ciò che discende dai Trattati viene utilizzato in maniera abusiva, ossia in modo tale da impedire il raggiungimento di altre finalità verso cui la stessa Unione tende, è legittimo limitare tale esercizio in quanto, contrariamente, si negherebbe l'Unione stessa²⁵⁰.

Il punto centrale che emerge dall'analisi delle sentenze citate è che la circostanza abusiva si sostanzia in un'operazione di *cherry picking* tanto al negativo quanto al positivo. Se, come visto, per la libertà di stabilimento e per la libera circolazione dei servizi, l'azione abusiva si configura nel momento in cui un soggetto, per mezzo del diritto europeo, si sottrae al sistema giuridico di origine per assicurarsi ad un ordinamento normativamente più morbido, per la libera circolazione dei lavoratori la prospettiva è ben diversa. Il diritto dell'Unione è il veicolo che garantisce al singolo le posizioni di vantaggio che l'ordinamento nazionale assicura in forza del diritto UE. Inoltre, come è stato sottolineato, la Corte di Giustizia non solo evidenzia l'importanza del ruolo ricoperto dal giudice nazionale nel contrasto alle pratiche abusive ma individua

²⁵⁰ In tal senso cfr. Corte di Giustizia, sentenza 3 aprile 2008, causa C-346/06, *Dirk Rüffert v Land Niedersachsen*.

uno schema da seguire per stabilire, di volta in volta, quando un'azione risulti conforme o meno al diritto UE. Partendo dall'assunto che per la configurazione di un'azione abusiva è necessario tanto l'elemento oggettivo quanto quello soggettivo, il giudice potrà riscontrare l'esistenza di tali condizioni analizzando l'azione posta in essere dal soggetto alla luce delle finalità ultime della norma UE e, dunque, confrontando il comportamento del singolo con l'azione che questo avrebbe dovuto porre in essere secondo quanto previsto dalla disposizione posta a fondamento della sua stessa azione. Così facendo, potranno essere individuate le anomalie che ponendosi a fondamento dell'agire del singolo manifestano la volontà di conseguire un vantaggio indebito frutto dell'utilizzo improprio del diritto UE.

5. Segue. Il diverso approccio nell'utilizzo del divieto dell'abuso del diritto europeo: la cittadinanza UE.

In una prospettiva meno rigorosa è stata valutata la ricorrenza di situazioni abusive con riferimento alla cittadinanza europea nonché alla correlata libertà di circolazione nel mercato interno. Il caso più famoso è

quello preso in esame nella causa *Chen*²⁵¹ in cui la Corte, inaspettatamente, ha escluso l'integrazione di una fattispecie palesemente abusiva al fine di tutelare un caposaldo del sistema giuridico UE quale, appunto, la cittadinanza.

La controversia origina dalla politica del figlio unico in Cina. I coniugi Chen, desiderosi di avere un secondo figlio ed evitare le sanzioni sociali che il governo cinese prevedeva per le famiglie numerose, pianificavano di far nascere la propria bambina Catherine a Belfast, Irlanda. All'epoca dei fatti, secondo il diritto irlandese, chiunque fosse nato sull'isola, acquistava *ius soli* la cittadinanza irlandese, *ergo* quella europea. Dopo la nascita, la piccola Catherine, irlandese a tutti gli effetti, e la Sig.ra Chen si spostavano in Gran Bretagna dove, quest'ultima presentava all'Amministrazione locale la richiesta di un permesso di soggiorno di lunga durata sia per la figlia, in quanto cittadina irlandese, sia per se stessa, in quanto genitore affidatario. Le autorità inglesi rigettavano la richiesta sull'assunto che l'istante avesse creato volutamente le condizioni necessarie per consentire

²⁵¹ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 19 ottobre 2004, causa C-200/02, *Chen*.

l'acquisto della cittadinanza irlandese alla propria figlia e, così, per ottenere un permesso di soggiorno in UK per sé e la figlia. Impugnato il provvedimento di diniego e rinviata la questione alla Corte di Giustizia, i Supremi Giudici europei si sono trovati a vagliare le argomentazioni del Governo inglese che sosteneva l'esistenza di condizioni artificiosamente create al fine di abusare di un diritto riconosciuto dall'ordinamento europeo. La Corte, affermando che «*non spetta ad uno Stato membro limitare gli effetti dell'attribuzione della cittadinanza di un altro Stato membro*» - preservando, quindi, anche il correlato esercizio delle libertà fondamentali previste dal Trattato – non riconosce il diritto del Regno Unito a negare ai cittadini UE, divenuti tali in conformità della disciplina nazionale di altro Stato membro, il godimento di una libertà fondamentale europea, sebbene l'acquisto della cittadinanza di tale Stato UE sia finalizzato a garantire - impropriamente - ad un cittadino di uno Stato terzo il diritto di soggiorno all'interno dell'Unione.

Come è possibile notare, la Corte adotta una posizione alquanto prudente nel riqualificare la fattispecie *de qua* come abusiva, sebbene sussistano circostanze palesemente artificiose volte a conseguire vantaggi indebiti derivanti

dal diritto europeo. Tale decisione può essere giustificata partendo dall'assunto che l'interesse in gioco non è semplicemente l'utilizzo improprio di una libertà fondamentale o di un diritto sovranazionale ma è qualcosa di gran lunga più rilevante, ossia il rapporto tra ordinamenti giuridici per il tramite della cittadinanza europea²⁵². Riquilibrare la fattispecie in termini di abuso, avrebbe comportato sindacare l'attribuzione della cittadinanza di un ordinamento giuridico, quale quello irlandese, fondato sul principio dello *ius soli*, con la possibilità di ravvisare come illegittima la cittadinanza europea acquisita in ossequio alle disposizioni nazionali di un Paese UE. Anche se la volontà di comportarsi in tal senso risultava palese, la Corte ha preferito decidere in senso opposto. Difatti, qualora lo avesse fatto, avrebbe inficiato l'esercizio della libertà di circolazione: si sarebbe negata ad un cittadino europeo la possibilità di sfruttare legittimamente quanto lo stesso diritto UE mette a disposizione, direttamente e indirettamente, per coloro i

²⁵² Cfr. SCHÖNBERGER, *European Citizenship as federal citizenship. Some citizenship lesson of comparative federalism*, in *Eur. rev. public law*, 2007, p. 3 ss.

quali abbiano ottenuto la cittadinanza europea in forza della disciplina di un Paese membro²⁵³.

Detto ciò, la Corte non ha però esitato a modificare in maniera radicale il proprio orientamento. In tal senso è significativa la sentenza *Rottman*²⁵⁴, in cui la Corte di Giustizia ha affermato che il diritto UE non osta ad una decisione nazionale di revoca della cittadinanza ottenuta in maniera fraudolenta, anche ove tale decisione abbia l'effetto di rendere un individuo apolide e, dunque, privarlo dei diritti correlati allo *status* di cittadino UE, purché ciò avvenga nel pieno rispetto del principio di proporzionalità. Ora, confrontando tale decisione con la sentenza *Chen*, emerge il palese cambio di rotta dei Giudici europei. Sebbene trattasi di fattispecie

²⁵³ In tal senso cfr. Corte di Giustizia, sentenza 11 luglio 2002, causa C-224/98, *D'Hoop*; sentenza 23 marzo 2004, causa C-138/02, *Collins*; sentenza 7 settembre 2004, causa C-456/02, *Trojani*; sentenza 15 marzo 2005, causa C-209/03, *Bidar*; sentenza 18 novembre 2008, causa C-158/07, *Förster*; sentenza 8 marzo 2011, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano*, secondo cui non solo «lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale degli Stati membri» ma anche che «l'art. 20 TFUE osta a provvedimenti nazionali che abbiano l'effetto di privare i cittadini del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal loro status di cittadini dell'Unione». In tal senso cfr. sentenza 5 maggio 2011, causa C-434/09, *McCarthy*.

²⁵⁴ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 2 marzo 2010, causa C-135/08, *Rottmann*.

sostanzialmente speculari in cui il diritto europeo diviene lo strumento per raggiungere posizioni di favore non dovute, solo con la sentenza *Rottman* la Corte, ravvisando l'integrazione dell'esercizio abusivo della cittadinanza, non riconosce quest'ultima nonché i diritti collegati. Dalla decisione sembra emergere un aspetto di grande importanza. Se da un lato la cittadinanza UE è a tutti gli effetti uno dei capisaldi su cui si fonda l'Unione Europea, nel momento in cui tale valore assoluto diviene la base giuridica per dar vita a comportamenti che minacciano l'integrità del sistema europeo, allora è necessario intervenire addirittura arrivando a negare la cittadinanza stessa. Tale sentenza riprende quanto già era stato affermato con la sentenza *Knoors* in tema di bilanciamento di valori posti a fondamento dell'Unione. In caso di contrasto tra due capisaldi UE equivalenti, è necessario dar spazio a quello che tra i due risponde a logiche di integrità e di coerenza di sistema al fine di assicurare la corretta applicazione ed interpretazione del diritto europeo. In tale ottica, è possibile evidenziare come l'atteggiamento di prudenza della Corte non si estrinsechi nell'evitare di riquilibrare un'azione in termini di abuso perché legata alla cittadinanza, ma, invece, si sostanzia nell'invito

rivolto al giudice nazionale di accertarsi che il provvedimento nazionale, finalizzato a revocare la cittadinanza e a destituire di fondamento i diritti a questa connessi, siano conformi al principio di proporzionalità²⁵⁵.

6. L'abuso e la politica agricola comune.

Molto importanti sono quelle decisioni giurisprudenziali relative agli abusi nel settore della politica agricola comune, cd. PAC. È d'uopo premettere come le richiamate fattispecie benché afferiscano ad una materia che, per la peculiarità della regolamentazione che la contraddistingue, debba essere tenuta distinta dagli altri settori di intervento europeo, in quanto idonee ad incidere direttamente le risorse proprie dell'Unione e non, attraverso lo sfruttamento del diritto UE, gli interessi dei singoli Stati, risultano molto utili nel tentativo di definire i confini dell'abuso del diritto europeo.

²⁵⁵ Cfr. CARBONE, *Brevi riflessioni sull'abuso del diritto comunitario: commercio internazionale ed esercizio delle libertà individuali*, in *Dir. comm. inter.*, 2011, p. 67 ss.

Una prima sentenza è quella pronunciata nel caso *Cremer*²⁵⁶, in cui la Corte di Giustizia, per dirimere una controversia relativa alla restituzione di prodotti agricoli oggetto di precedente esportazione, sottolinea come l'applicazione del diritto comunitario derivato non potrebbe in alcun caso estendersi fino a farvi rientrare pratiche abusive poste in essere da operatori economici.

Il principio postulato nella suddetta sentenza è stato sviluppato successivamente nella causa *Emsland – Stärke*²⁵⁷, in materia di restituzioni all'esportazione di particolari prodotti agricoli, come gli amidi modificati, che, subito dopo l'immissione al consumo in Svizzera, *i.e.* non UE, venivano reintrodotti nel mercato comune previo pagamento di un dazio all'importazione, lucrando sulla differenza monetaria tra le restituzioni ottenute e i tributi doganali versati. Sebbene fosse stato accertato che i prodotti in questione venissero effettivamente trasportati

²⁵⁶ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 11 ottobre 1977, causa C-125/76, *Ditta Peter Cremer c. Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*.

²⁵⁷ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 14 dicembre 2000, C-110/99, *Emsland- Stärke*.

nel territorio elvetico²⁵⁸, la parte insisteva sul rispetto delle condizioni previste dalla normativa relativa alle attribuzioni delle restituzioni all'esportazione, *i.e.* la presenza di documentazione attestante che le merci avessero lasciato il territorio della Comunità. Riconosciuto il rispetto delle condizioni formali richieste, la Corte analizza la fattispecie al fine di valutare se al caso *de quo* fosse possibile applicare il divieto di abuso del diritto dal momento che le circostanze concrete «*potrebbero lasciar supporre l'esistenza di una pratica abusiva, cioè una fuoriuscita dal territorio comunitario meramente formale realizzata al solo scopo di beneficiare delle restituzioni all'esportazione*», *i.e.* ad un vantaggio indebitamente ottenuto.

Di particolare importanza si rivelano le argomentazioni della Commissione fatte proprie dallo stesso Collegio giudicante. L'Esecutivo europeo, analizzando la fattispecie, ritiene di doverla interpretare sotto il profilo dell'abuso del diritto. Si basa sulla lettera dell'art. 4, n. 3 del Regolamento (Ce, Euratom), del Consiglio 18

²⁵⁸ Escludendo, dunque, la possibile configurazione di frode vera e propria a seguito della creazione, mediante falsa documentazione, di quanto richiesto per ottenere il vantaggio.

dicembre 1995, n. 2988 – relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità – a mente del quale «*gli atti per i quali si stabilisce che hanno per scopo il conseguimento di un vantaggio contrario agli obiettivi del diritto comunitario applicabile nella fattispecie creando artificialmente le condizioni necessarie per ottenere detto vantaggio, comportano, a seconda dei casi, il mancato conseguimento oppure la revoca del vantaggio stesso*». Sebbene l'atto comunitario fosse successivo ai fatti della causa principale, la Commissione, ritenendo che la suddetta disposizione postulasse un principio generale di abuso del diritto - benché la Corte non lo avesse mai esplicitamente riconosciuto come tale - sostiene che affinché si ritenga integrata una tale ipotesi sarebbe necessaria la presenza di due elementi concomitanti²⁵⁹, in primo luogo «*un elemento oggettivo, vale a dire la prova che le condizioni per la concessione di una prestazione*

²⁵⁹ Si sottolinea che la Corte parla, in realtà, di tre elementi concomitanti, il terzo dei quali è quello procedurale relativo all'onere della prova, che risulterebbe a carico dell'Amministrazione nazionale competente. Addirittura si evidenzia che nei casi più gravi di abuso sarebbe possibile enucleare anche un principio di prova il quale comporti un'inversione della stessa in capo alla parte che pone in essere il comportamento abusivo. Di ciò si tratterà *infra*.

*sono state create artificialmente, cioè che l'operazione commerciale non è stata conclusa per uno scopo economico, bensì esclusivamente per l'ottenimento delle sovvenzioni, a carico del bilancio comunitario, che accompagnano questa operazione». Secondo l'Istituzione ciò implicherebbe «un'analisi da compiere caso per caso, tanto del senso e dello scopo della normativa comunitaria di cui trattasi, quanto del comportamento di un operatore economico avveduto che gestisca i propri affari nel rispetto delle norme giuridiche in materia ed in conformità degli usi economici e commerciali esistenti nel settore interessato». Alla dimensione oggettiva, viene aggiunta anche quella soggettiva, i.e. «il fatto che l'operazione commerciale in questione è stata compiuta fundamentalmente per ottenere un vantaggio finanziario in contrasto con lo scopo della normativa comunitaria». Alla luce di ciò, la Corte, richiamando esplicitamente il cd. principio *Cremer* - laddove l'applicazione degli atti di diritto derivato non può estendersi fino a tutelare le pratiche abusive degli operatori economici - e le conclusioni elaborate dalla Commissione in tema di fattispecie abusive, delinea le circostanze in presenza delle quali è possibile ritenere integrati comportamenti abusivi.*

In particolare, questi ultimi si rileveranno nel momento in cui vi siano: i) *«lo sviamento dall'obiettivo perseguito dalla normativa, rilevabile da un insieme di circostanze obiettive dalle quali risulti che, nonostante il rispetto delle condizioni previste dalla stessa, l'obiettivo perseguito dalla stessa normativa non è stato raggiunto: ii) la volontà di ottenere un vantaggio derivante dalla normativa comunitaria mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento»*. La Corte, inoltre, chiarisce un nuovo aspetto che mai prima era stato trattato. Postulando che l'accertamento delle richiamate condizioni spetti al giudice nazionale, la prova dovrà essere fornita secondo le disposizioni nazionali purché ciò non vada ad incidere sull'efficacia del diritto comunitario. Inoltre, sulla scia di quanto enucleato nelle sentenze *Centros Ltd*, *Knoors*, *Lair* e *Paletta*, i Giudici europei, al fine di accertare la sussistenza di comportamenti abusivi, ribadiscono come, una volta individuati gli obiettivi della norma UE applicata, si dovrà procedere alla loro comparazione con quelli effettivamente raggiunti o perseguiti dal soggetto mediante l'applicazione della richiamata disposizione. Solo in tal modo sarà possibile evidenziare quello sviamento tra azione modello e

condotta posta in essere che rivela la legittimità o meno dell'agire del singolo²⁶⁰.

Dall'esame della sentenza emerge, innanzitutto, la centralità dell'elemento oggettivo integrato da quell'insieme di comportamenti artificiali atti ad integrare, almeno formalmente, le condizioni contemplate dalla disposizione europea invocata per legittimare l'azione. A tal proposito, preme rilevare come l'elemento oggettivo venga arricchito di una nuova circostanza. In particolare, la Corte individua come indizio di un'ipotesi di abuso del diritto la singolarità ovvero l'eccezionalità del comportamento posto in essere. Rifacendosi al concetto di "condotta ordinaria", ossia di azione idonea a raggiungere vantaggi od utilità contemplate dalla norma in questione, nel pieno rispetto del diritto europeo e senza arrecare danni a terzi, il Collegio afferma che ogni volta in cui l'agire di un individuo si discosti, anche solo minimamente, da

²⁶⁰ Come si vedrà *infra*, da tale orientamento scaturisce che dovendosi procedere ad un'analisi *case by case*, il concetto di abuso del diritto non può che palesarsi in modo differente a seconda della disciplina all'interno della quale l'interprete è chiamato a dare ad esso attuazione e che le decisioni della Corte di Giustizia che richiamano alla necessità di una valutazione con riguardo alla ricorrenza di una condotta abusiva, possono avere solo una valenza limitata di precedente circoscritto alla materia in cui si opera o a materia analoghe.

quello schema di azione previsto dalla norma di riferimento per usufruire del risultato da quest'ultima tutelato, allora è possibile sostenere l'anormalità della condotta tenuta e, dunque, l'abusività della stessa. Difatti, secondo il ragionamento della Corte, l'eccezionalità della condotta è indice di un'operazione posta in essere solo ed esclusivamente per eludere il trattamento giuridico ordinariamente applicabile, salvo che non sussistano motivazioni economiche e giuridiche tali da giustificare la realizzazione.

Naturalmente, non è possibile trascurare il riferimento all'elemento soggettivo quale elemento imprescindibile per la configurazione di una pratica abusiva. Questo emerge ogni qual volta si sostanziano comportamenti volti a far credere di essere legittimati ad usufruire del vantaggio contemplato dalla norma. La volontà di porre in essere condotte abusive è data dalla realizzazione della costruzione artificiale che caratterizza l'operazione posta in essere. Difatti, l'esistenza di tale artificio non potrebbe che fondarsi sulla volontà di ottenere un vantaggio che

altrimenti non sarebbe perseguibile e, dunque, raggiungibile²⁶¹.

²⁶¹ Con riferimento al caso di specie, si segnala che DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse. A study under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in relation to Conduit and Base Company*, in *IBFD*, Leidend, 2007, p. 765 ss., postula che proprio dalla dimensione oggettiva, *i.e.* l'artificiosità dell'operazione, si rileva la dimensione soggettiva, ossia l'intenzione di ottenere un vantaggio indebito. Secondo l'Autore, dal momento che il fine ultimo di un accordo è quello che le parti intendano conseguire, allora questo può e deve essere accertato solo ed unicamente alla luce delle circostanze obiettive. Ciò che risulta necessario è indagare lo scopo dell'operazione posta in essere perché solo da tale indagine è possibile ricavare l'intenzione sottesa all'azione posta in essere. L'Autore chiarisce che «l'abuso del diritto comunitario è una nozione solo finalisticamente orientata nel senso che deve esserci una chiara e logica connessione tra tutte le circostanze obiettive della fattispecie nella direzione dell'ottenimento di un vantaggio comunitario, sicché tali circostanze conducano alla conclusione che gli accordi sono stati conclusi in quella particolare forma al fine di ottenere un vantaggio non voluto dalla normativa comunitaria». Infine, conclude affermando che «una definizione maggiormente corretta della nozione di abuso come quella ricavabile dalla sentenza *Emsland – Starkë*, sarebbe la seguente: quando da un insieme di circostanze obiettive si ricava che un operatore economico intendeva ottenere un beneficio garantito dal diritto comunitario mediante la creazione di una costruzione artificiale che corrispondesse formalmente alle condizioni richieste dalla normativa e che a dispetto di tale osservanza formale l'obiettivo e le finalità della normativa comunitaria sarebbero frustate ove il beneficio fosse riconosciuto». In senso contrario SORENSEN, *Abuse of Rights in Community Law*, op. cit., in cui sottolinea la differenza che sussiste tra la dimensione oggettiva e quella soggettiva. Difatti, quest'ultima non potrà ritenersi integrata qualora si riscontri la presenza di circostanze di fatto che possano far presumere l'esistenza del fenomeno abusivo.

7. *La categoria giuridica dell'abuso nel sistema fiscale UE.*

Un rilevante contributo allo studio della categoria in oggetto è stato offerto dalla Corte di Giustizia nel settore della politica fiscale UE.

Uno dei primi casi in cui si è affrontato il problema dell'abuso del diritto è stata la decisione *Avoir Fiscal*²⁶², in materia di imposizione diretta. La Corte, dovendo valutare la disparità di trattamento che la legge francese contemplava per le società nazionali rispetto alle succursali estere, con conseguente limitazione della libertà di stabilimento secondario, statuisce come tale restrizione non possa essere giustificata alla luce di un eventuale fenomeno di evasione fiscale. Oltre a compromettere lo scopo ultimo della libertà in questione, la disciplina

Le intenzioni, secondo l'Autore, dovranno essere indagate autonomamente, in quanto, se fosse vero il contrario, non vi sarebbe alcun tipo di ragione di pensare all'abuso del diritto comunitario in termini di coesistenza di elemento oggettivo e soggettivo.

²⁶² Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 28 gennaio 1996, causa C-270/83, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*.

nazionale non si presentava coerente con il fine ultimo per cui era stata emanata. Nel caso di specie, non si sarebbero potuti verificare fenomeni di elusione fiscale in quanto le succursali delle società estere erano soggetti passivi d'imposta al pari delle aziende nazionali, venendo a mancare quel *quid pluris* richiesto per legittimare il diverso trattamento previsto²⁶³.

Altra fattispecie rilevante è quella contemplata nella sentenza *Daily Mail*²⁶⁴ relativa alla compatibilità della disciplina anglosassone con la libertà di stabilimento garantita dai Trattati. In particolare, la società di diritto inglese Daily Mail, per trasferire la propria sede di direzione effettiva in Olanda e visti i considerevoli vantaggi fiscali di cui avrebbe potuto godere nei Paesi

²⁶³ Si segnala che la Corte di Giustizia con la sentenza 28 gennaio 1992, causa C-204/90, *Hanns - Martin Bachmann c. Stato belga*, ha ravvisato nella coerenza interna del sistema tributario nazionale una motivazione idonea a giustificare una disparità di trattamento di natura fiscale. In tal senso cfr. Corte di giustizia, 28 gennaio 1992, causa C-300/90, *Commissione c. Belgio*; sentenza 27 giugno 1996, causa C-107/94, *Asscher*, punto 58; sentenza 16 luglio 1998, causa C-264/96, *ICI*, punto 29; sentenza 28 ottobre 1999, causa C-55/98, *Vestergaard*, punto 24; sentenza 6 gennaio 2003, causa C-388/01, *Commissione c. Italia*, punto 23;

²⁶⁴ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 27 settembre 1988, causa C-81/87, *The Queen c. H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*.

Bassi, presentava puntuale istanza all'amministrazione inglese per ottenere un'autorizzazione che potesse legittimarne il trasferimento. Negato il richiamato permesso ed impugnato il diniego, il giudice nazionale rinviava alla Corte di Giustizia al fine di ottenere una pronuncia interpretativa sull'esatta portata della libertà di stabilimento e, dunque, sulla compatibilità della norma inglese con il diritto UE. Interessanti, ai fini dell'analisi fin qui condotta, sono le conclusioni dell'Avvocato Generale il quale sottolinea come *«il trasferimento della sede in un altro Stato membro, al fine di godere del trattamento fiscale più favorevole in esso previsto, accompagnato dalla prosecuzione delle attività principali nello Stato di provenienza potesse costituire una circostanza obiettiva indicante che nella specie non vi fosse alcun reale esercizio della libertà di stabilimento meritevole di tutela»*; concludendo, inoltre, che *«il diritto comunitario non offre alcun ausilio ove emerga da elementi oggettivi che si ponga in essere una determinata attività al solo fine di eludere una legge nazionale, con la conseguenza che il giudice nazionale può valutare se, in un caso determinato e tenuto conto del contesto della causa, si sfiori o meno l'abuso del diritto o la frode alla legge e, eventualmente,*

ritenere inapplicabile il diritto comunitario». Sebbene la Corte non abbia ritenuto necessario indagare se nel caso *de quo* potesse configurarsi un utilizzo abusivo della libertà di stabilimento, dall'inciso sopra riportato emerge come tutte quelle operazioni poste in essere senza valide ragioni economiche, che non siano quelle di eludere la disciplina nazionale, non possono essere considerate legittime dall'ordinamento europeo, lasciando al giudice nazionale il compito di valutare la fattispecie alla luce della *ratio* sottesa alla disposizione UE in gioco.

Successivamente la Corte di Giustizia ha dato vita a tutto quel filone giurisprudenziale avente ad oggetto la compatibilità delle norme nazionali anti-elusione con il diritto europeo. Sebbene la Corte ne abbia confermato, almeno in astratto, la relativa legittimità se finalizzate ad impedire il conseguimento di un vantaggio fiscale per mezzo di costruzioni artificiose idonee ad eludere la legge nazionale, allo stesso tempo ha sancito la loro incompatibilità qualora siano potenzialmente idonee a “colpire” - indistintamente - fattispecie non artefatte *ab origine*. La Corte sottolinea come nel momento in cui la norma interna sia in grado di sanzionare tutte quelle fattispecie in cui la libertà fondamentale UE sia stata

correttamente utilizzata, elevandole allo stesso livello delle operazioni economiche poste in essere abusivamente, non solo si porrebbe in contrasto con il fine ultimo della disposizione europea considerata ma andrebbe a ledere anche il principio di proporzionalità. Difatti, si spingerebbe oltre quanto necessario per contrastare le dette costruzioni artificiali²⁶⁵.

²⁶⁵ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 16 luglio 1998, causa C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) c. Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, avente ad oggetto la disciplina UK relativa alla compensazione di utile e di perdite all'interno dello stesso gruppo societario. Nel caso di specie, tale beneficio era concesso solo alle *holding* la cui attività esclusiva o principale si estrinsecava nella detenzione di quote di società stabilite nel Regno Unito, incidendo negativamente sulla libertà di stabilimento. La Corte non ha considerato compatibile con il diritto comunitario la suddetta disciplina nazionale in quanto le restrizioni che da questa originavano non potevano essere giustificate dalla necessità di contrarre i fenomeni elusivi derivanti dal trasferimento dei componenti negativi di reddito alle società controllate nazionali a fronte di ricavi conseguiti dalle società estere. Inoltre, la normativa britannica andava oltre quanto necessario per raggiungere l'obiettivo per cui era stata emanata in quanto rientrava nel campo di applicazione qualunque circostanza in cui le società controllate da un gruppo si trovavano in maggioranza stabilite fuori da UK, ove l'insediamento fuori il Regno Unito non comportava necessariamente l'elusione dato che la società in questione era ad ogni modo soggetta alla disciplina fiscale dello Stato di insediamento. In tal senso cfr. Corte di Giustizia, sentenza 21 novembre 2002, causa C-436/00, *X e Y c. Riksskatteverket* avente ad oggetto la normativa svedese in materia di cessioni di partecipazioni a favore di società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro in cui il cedente detenga una

Da quanto fin ora analizzato emerge come la possibilità di limitare i fenomeni abusivi risulti un intervento particolarmente articolato dal momento che entrano in gioco diversi livelli normativi, tutti di primaria importanza, la cui rispettiva tutela può trascendere nella prevaricazione di uno rispetto all'altro. Dalle parole della Corte emerge

partecipazione di una società controllata costituita nel Regno di Svezia da tale società. La Corte ha sostenuto l'incompatibilità della misura nazionale in quanto questa, oltre a non colpire esclusivamente le situazioni puramente artificiali, contemplava ogni situazione in cui, per qualsiasi ragione, e, dunque non necessariamente elusiva, la cessione sottoprezzo veniva fatta a favore delle richiamate società. Secondo i Giudici una presunzione generale di evasione o frode non poteva fondarsi sul fatto che la società cessionaria o la sua controllante avesse sede in un altro Paese membro, né giustificare una misura fiscale che limiti la libertà fondamentale comunitaria; Corte di Giustizia, sentenza 12 dicembre 2002, causa C-324/00, *Lankhorst – Hohorst GmbH c. Finanzamt Steinfurt*. La Corte ha sancito l'incompatibilità con la libertà di stabilimento della disciplina tedesca in materia di finanziamenti da parte di soci non residenti in quanto la suddetta misura non aveva come unico obiettivo quello di evitare che attraverso costruzioni artificiose si potessero ottenere vantaggi fiscali altrimenti irraggiungibili, ma era idonea a ricomprendere qualunque situazione (legittima) in cui le società capogruppo avessero la sede fuori della Repubblica tedesca; Corte di Giustizia, sentenza 11 marzo 2004, causa C-9/09, *Highes de Lasteyrie du Saillant c. Ministère de l'Économie, des Finance set de l'Industrie*, secondo cui le normative nazionali non possono, senza eccedere ampiamente quanto è necessario per raggiungere lo scopo che perseguono, presumere l'intenzione di aggirare la legge fiscale di qualsiasi contribuente che trasferisca il proprio domicilio al di fuori dello Stato membro di appartenenza.

che se non è possibile sottrarsi abusivamente alla podestà normativa di uno Stato membro attraverso il diritto UE, *i.e.* avvalersi abusivamente del diritto europeo, allo stesso tempo, non è possibile essere privati della possibilità di ricorrere a quanto viene offerto dai Trattati con la finalità ultima di godere dei vantaggi che gli ordinamenti nazionali UE mettono a disposizione in quella cornice normativa chiamata armonizzazione. In quest'ottica, si inseriscono le misure nazionali anti-abuso la cui validità è vincolata da quella proporzionalità che caratterizza il rapporto norma interna – libertà fondamentali. Una restrizione nazionale all'esercizio di queste ultime può ritenersi giustificata dall'esigenza di contrastare l'utilizzo improprio del diritto europeo solo se idonea ad arginare le fattispecie artificialmente costruite e non quelle caratterizzate da un effettivo esercizio delle libertà UE e, pertanto, rispondenti agli obiettivi a queste sottesi. Solo l'esercizio apparente, o meglio dire, formale delle libertà fondamentali può essere contrastato dagli ordinamenti poiché tali azioni, proprio perché artificialmente costruite²⁶⁶, si palesano come

²⁶⁶ Sul punto cfr. Corte di Giustizia, sentenza 13 dicembre 2005, causa C-446/03, *Marks & Spencer plc c. David Hasely (Her Majesty's Inspector of Taxes)*. Nel caso *de quo*, con riferimento alla

violazione del diritto europeo: si tratta di comportamenti non conformi alla *ratio* sottesa alla base giuridica UE, di volta in volta, utilizzata. Diretta conseguenza è che la normativa nazionale nel momento in cui contrasta le fattispecie abusive, inevitabilmente si pone a baluardo di ragioni nazionali imperative che non possono lasciare il passo ad un utilizzo improprio del diritto sovranazionale²⁶⁷. In definitiva, secondo la costante

libertà di stabilimento, i Giudici europei hanno statuito che nel diritto tributario, sebbene la residenza del contribuente possa giustificare un diverso trattamento tra soggetti residenti e non circa la trasferibilità delle perdite infragruppo, allo stesso tempo tale disposizione, oltre ad essere improntata al principio di proporzionalità, deve risultare idonea ad escludere dal vantaggio potenziale tutte quelle costruzioni artificiali il cui unico scopo è quello di eludere la normativa nazionale, mediante il diritto comunitario. Nello stesso senso, cfr. Corte di Giustizia, sentenza 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes plc e Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissiones of Inland Revenue*. La Corte, con riguardo al rapporto intercorrente tra la libertà di stabilimento e la normativa nazionale CFC (cd. *controlled foreign companies*), riconosce piena legittimità alla suddetta misura interna qualora sia idonea a prevenire pratiche abusive e abbia ad oggetto le costruzioni puramente artificiali, ossia prive di effettività economica, finalizzate ad eludere la normativa dello Stato membro interessato, attraverso il diritto europeo.

²⁶⁷ Sulla tutela delle ragioni imperative di interesse nazionale, cfr. Corte di Giustizia, sentenza 13 dicembre 2007, causa C-231/05, *OyAA*. La Corte giustifica il diverso trattamento fiscale riservato alle società controllate residenti rispetto a quelle non residenti, con riguardo ai trasferimenti finanziari infragruppo, al fine di salvaguardare la corretta ed equilibrata ripartizione della potestà

giurisprudenza della Corte, i provvedimenti nazionali che ostacolano o scoraggiano l'esercizio abusivo delle libertà fondamentali UE sono ammissibili solo se, contestualmente, risultano *i)* non discriminatori; *ii)* giustificati da motivi di interesse generale; *iii)* idonei a raggiungere lo scopo ad essi sotteso ed infine *iv)* improntati al principio della proporzionalità, ossia non devono andare oltre quanto è necessario per il raggiungimento del rispettivo scopo.

Il solco tracciato dalla richiamata giurisprudenza ha rappresentato quel *background* pretorio sulla scorta del quale la stessa Corte di Giustizia ha elevato il divieto di abuso del diritto dell'Unione Europea a principio del

impositiva, essendo quest'ultima una ragione imperativa di interesse generale degna di puntuale tutela, purché proporzionata rispetto allo scopo della disposizione comunitaria coinvolta. In tal senso cfr. Corte di Giustizia, sentenza 13 marzo 2007, causa C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cup Group Litigation c. Commissioners of Inland Revenue*. In tale causa, il Consesso europeo individua nelle condotte abusive la causa giustificatrice delle misure nazionali volte a tutelare il diritto degli Stati membri ad esercitare il potere impositivo sulle attività svolte nel territorio dello Stato di riferimento. Secondo la Corte, una norma nazionale che si fondi su di un esame degli elementi oggettivi della fattispecie al fine di stabilire se una transazione sia o meno una costruzione di puro artificio, deve essere considerata legittima poiché improntata al principio di proporzionalità.

diritto tributario europeo. Con la sentenza *Halifax*²⁶⁸, i Giudici europei, relativamente al settore dell'imposta sul valore aggiunto, ravvisano l'abuso quando le operazioni poste in essere dal contribuente, *«nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della sesta direttiva e dalla legislazione nazionale che la traspone, procurino un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da queste stesse disposizioni»*. La Corte chiosa affermando che il comportamento abusivo *«deve risultare da un insieme di elementi obiettivi che le dette operazioni hanno esclusivamente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale»*.

Come è possibile notare, dalle parole della Corte emerge come il fenomeno abusivo venga ricondotto alla contraddizione tra la forma e la sostanza del comportamento posto in essere dal contribuente, così da consentire a quest'ultimo di conseguire un vantaggio fiscale non dovuto. Da ciò discende che la valutazione dell'abusività del comportamento deve essere condotta

²⁶⁸ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 21 febbraio 2006, causa C-255/02, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Service Ltd e County Wide Property Investments Ltd c. Commissioners of Customs & Excise*.

prendendo in considerazione il beneficio concretamente ottenuto²⁶⁹ e confrontarlo quello posto a fondamento della disciplina europea invocata (nel caso di specie quella in materia di imposta sul valore aggiunto). Ciò richiede un'interpretazione teleologica della normativa *de qua*, con la conseguenza che si potrà parlare di abuso nel momento in cui l'attività posta in essere non risponda a logiche imprenditoriali e, dunque, sia unicamente volta esclusivamente a diminuire il carico fiscale. Preme sottolineare che la Corte non esclude il risparmio d'imposta dal novero delle ragioni che spingono un soggetto ad agire ma, allo stesso tempo, neanche può risultare il vero motivo che giustifichi la realizzazione di un'operazione²⁷⁰.

²⁶⁹ Come è stato correttamente osservato, nella ricostruzione del concetto di abuso ciò che prevale è l'aspetto oggettivo legato alle peculiarità delle operazioni poste in essere, mentre resta sullo sfondo il movente del risparmio di imposta, che di per sé non pare assumere autonomo rilievo. In tal senso cfr. PISTONE, *Il divieto di abuso come principio del diritto tributario comunitario e la sua influenza sulla giurisprudenza tributaria nazionale*, in MAISTO (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario*, op. cit., p 311 ss.

²⁷⁰ Si sottolinea che sempre in data 21 febbraio 2006, la Corte di Giustizia ha pronunciato altre due sentenze in punto di abuso del diritto in materia tributaria. In particolare, con le sentenze *University of Huddersfield* (causa C-223/06) e *Bupa Hospital* (causa C-419/02), l'Organo giurisdizionale europeo, nel prendere in esame operazioni economiche aventi lo scopo essenziale di

La nozione di abuso enucleata nel caso *Halifax* viene ulteriormente precisata con la sentenza *Part Service Srl*²⁷¹,

consentire l'integrale detrazione dell'imposta assolta sulle forniture di beni e servizi a soggetti aventi un limitato diritto alla detrazione dell'Iva assolta in conseguenza della natura esente delle prestazioni da essi effettuate, ha confermato la natura di *extrema ratio* dell'applicazione del divieto di comportamenti abusivi a fini di contrasto delle manovre elusive.

²⁷¹ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 21 febbraio 2008, causa C-425/06, *Ministero dell'Economia e delle Finanze contro Part Service Srl*. La fattispecie da cui origina la sentenza *de qua* aveva ad oggetto, la frammentazione di contratti di leasing di vetture in due fittizi negozi giuridici, il primo concernente una prestazione finanziaria, e dunque esente dall'imposta sul valore aggiunto, e il secondo la locazione del bene concesso in *leasing* e quindi rilevate ai fini dell'Iva. In particolare, la società IFIM Leasing Sas (anche IFIM) concedeva a diversi utilizzatori il godimento di una serie di autoveicoli, ricevendo, quale corrispettivo, il versamento dei canoni di locazione, la costituzione di una cauzione corrispondente al costo del bene non coperto dai canoni, nonché la prestazione di una fideiussione illimitata. Gli utilizzatori stipulavano con la società Italservice Srl, poi Part Service in liquidazione, facente parte del gruppo IFIM, un contratto in forza del quale la prima garantiva, mediante il finanziamento della cauzione e la prestazione della fideiussione illimitata, l'adempimento degli obblighi assunti dagli utilizzatori nei confronti di IFIM. Gli utilizzatori, quale corrispettivo per le prestazioni rese, versavano in anticipo ad Italservice un importo, di gran lunga inferiore al totale dei canoni di locazione convenuti tra essi ed IFIM e di poco superiore al costo del veicolo concesso in godimento, oltre alla provvigione dell'1% corrisposta ad un consulente. Dette somme corrisposte venivano poi girate a IFIM, in nome e per conto dei primi. Con riferimento all'Iva, tale imposta, *ex art. 3 D.P.R. 633/72*, veniva fatturata e corrisposta unitamente ai canoni di locazione versati dagli utilizzatori, mentre era esentata per i corrispettivi versati agli utilizzatori ad Italservice e da questa ad

in cui la Corte di Giustizia chiarisce come una condotta per essere abusiva non deve avere quale scopo esclusivo il conseguimento di un vantaggio fiscale ma quest'ultimo deve essere l'obiettivo essenziale dell'azione economica realizzata. Secondo i Giudici europei, per valutare se le operazioni poste in essere da un contribuente possano integrare una pratica abusiva non soltanto si dovrà verificare se il risultato perseguito sia un vantaggio fiscale la cui concessione, nonostante il rispetto del dato formale, risulti contraria alla *ratio* del dettato normativo, ma soprattutto se, sulla base di elementi oggettivi desunti dall'operazione realizzata, il richiamato vantaggio abbia costituito lo scopo essenziale, e non necessariamente esclusivo, della soluzione economica scelta. Sebbene ragione fiscale e ragione economica - imprenditoriale possano coesistere, il risparmio di imposta non deve

IFIM, ai sensi dell'art. 10 D.P.R. 633/72. L'Amministrazione finanziaria, ritenendo che i distinti contratti siglati tra le parti mascherassero la conclusione di un unico contratto fra le stesse e che tale operazione era volta a ridurre artificialmente la base imponibile, data dal corrispettivo del canone di locazione, sulla quale applicare l'Iva, rettificava la dichiarazione Iva presentata da Italservice. Quest'ultima impugnava l'atto impositivo, adducendo la sussistenza di valide ragioni economiche idonee a giustificare la conclusione di una pluralità di contratti tra loro collegato, nonché l'assenza di qualsivoglia intento elusivo.

risultare la sola motivazione che ha determinato la scelta ultima del soggetto nel portare a termine una transazione secondo particolari modalità. Si tratta, quindi, di considerare le motivazioni che hanno spinto il soggetto ad agire alla luce di una serie di elementi obiettivi - come la fittizietà delle operazioni poste in essere nonché i nessi giuridici, economici e personali tra gli operatori coinvolti – idonei a provarne la sussistenza nel caso di specie²⁷².

²⁷² La caratterizzazione in termini di essenzialità e non di esclusività del requisito del vantaggio fiscale è stato interpretato, da una parte della Dottrina, in modo non favorevole, dal momento che si sarebbe sostanziata una eccessiva incertezza nell'individuazione da parte delle Amministrazioni finanziarie precedenti dei comportamenti abusivi. In tal senso cfr. PAROLINI, *Commenti a margine sulla Dottrina dell'abuso del diritto applicata all'imposta sul valore aggiunto*, in MAISTO (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto*, op. cit., p. 407 ss.; CENTORE, *L'elusione fiscale: un'arma di distruzione di massa*, in *L'Iva*, 2008, p. 5 ss. i richiamati autori, sposando quanto affermato dall'Avvocato Generale Maduro al punto 86 della sue conclusioni al caso *Halifax*, hanno sottolineato che «la portata del principio interpretativo di diritto comunitario che vieti possibili abusi della legislazione Iva deve essere definita in modo da non pregiudicare le operazioni legittime. Il potenziale negativo di tale principio viene scongiurato solo ove l'interpretazione del divieto di abuso avvenga nel senso che il diritto invocato da un soggetto passivo è escluso solo quando l'attività economica corrispondente non abbia altra spiegazione che quella di preconstituire quel diritto. Interpretare una disposizione di legge nel senso che non attribuisce alcun diritto sulla base di un principio generale non scritto significherebbe attribuire un potere discrezionale troppo ampio alle autorità fiscali nel decidere quali scopi di una data operazione considerare predominanti. Ne

Particolarmente interessante è la nota sentenza *Fallimento Olimpiclub*²⁷³ che, sebbene ruoti attorno all'efficacia dell'autorità della cosa giudicata, sembra elevare a valore assoluto del sistema tributario (e non solo), il divieto di abuso del diritto UE. All'attenzione della Corte di Giustizia è stata sottoposta l'operazione realizzata dalla società Olimpiclub che, attraverso un contratto di comodato d'uso, metteva a disposizione dell'omonima Associazione Polisportiva Olimpiclub, non avente finalità di lucro, un complesso sportivo costruito su di un sito demaniale di cui la società ne era proprietaria. A fronte di ciò, l'Associazione si impegnava a corrispondere allo Stato l'annuale canone per l'utilizzo del terreno, nonché a versare al comodante sia l'importo di cinque milioni di lire, a titolo di rimborso delle annuali spese forfettarie da questi sostenute, sia l'ammontare complessivo delle quote associative versate annualmente dai soci. L'amministrazione finanziaria italiana, a seguito

deriverebbe un alto livello di incertezza per le legittime scelte degli operatori economici e un pregiudizio per attività economiche chiaramente meritevoli di tutela, purché attuate, almeno in certa misura, per fini commerciali ordinari».

²⁷³ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 3 settembre 2009, causa C-2/08, *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze e Agenzie delle Entrate contro Fallimento Olimpiclub Srl*.

di verifiche svolte nei confronti della società Olimpclub, rettificava le dichiarazioni Iva per le annualità 1988-1991 sul presupposto che il contratto di comodato stipulato tra le parti celasse intenti elusivi/abusivi, ossia fosse finalizzato a far beneficiare Olimpclub del reddito prodotto dall'Associazione, sotto forma di quote associative versate dai membri della medesima e, per tale ragione, non soggette ad Iva. La contribuente impugnava gli avvisi di rettifica ed otteneva, sia in primo grado che in appello, sentenze dichiarative d'illegittimità degli atti impositivi in quanto l'A.F., a detta dei giudici di merito, non aveva provato l'esistenza di un intento abusivo tra comodante e comodatario. A seguito di impugnazione da parte dell'Agenzia delle Entrate della sentenza di secondo grado, la società produceva, innanzi i Giudici di Cassazione, due sentenze pronunciate dalla Commissione Tributaria Regionale del Lazio (nn. 138/43/00; 67/01/03), passate in giudicato, con le quali venivano annullati due avvisi di rettifica, emanati nei confronti di Olimpclub da parte dell'Amministrazione finanziaria, basati anch'essi sulla presunta illegittimità del contratto di comodato, ma relativi agli anni d'imposta 1987 e 1992. Il Giudice di legittimità, in forza dell'art. 2909 c.c. – ai sensi del quale

«l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa» - avrebbe dovuto riconoscere carattere vincolante alle decisioni richiamate, essendogli così inibito il riesame della questione e precluso ogni accertamento in merito al carattere abusivo del contratto di comodato, situazione che avrebbe impedito la piena attuazione del principio della lotta all'abuso di diritto (*Halifax*). Rilevato il possibile contrasto tra l'applicazione della richiamata interpretazione della normativa nazionale in materia di giudicato e la Giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di limiti all'applicazione delle norme nazionali, se idonee a compromettere il primato delle disposizioni del diritto europeo²⁷⁴, il giudice del rinvio poneva alla Corte la questione se il diritto UE ostasse all'applicazione di una disposizione nazionale nel momento in cui venisse a consacrare un risultato contrastante con il diritto sovranazionale, frustandone l'efficacia, con la conseguenza di un indebito risparmio d'imposta. Il Collegio europeo, partendo dall'assunto che la richiamata

²⁷⁴ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 18 luglio 2007, causa C-199/05, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato vs. Lucchini S.p.A.*

interpretazione dell'art. 2909 c.c. possa trovare fondamento nel principio della certezza del diritto, nega il primato dell'autorità di cosa giudicata su accertamenti fiscali analoghi, benché relativi a differenti annualità d'imposta, qualora tale primato risulti incompatibile con il principio di effettività. In altri termini, se la decisione passata in giudicato si fonda su di un'errata interpretazione delle norme europee in materia di pratiche abusive (Iva), il vincolo della cosa giudicata impedirebbe, *de plano*, la corretta interpretazione delle regole europee anche per i nuovi esercizi fiscali. Dunque, appare cristallina la *ratio* sottesa al *decisum* della Corte: si vuole evitare qualunque ostacolo giuridico (nazionale) circa la corretta e puntuale applicazione delle norme europee in materia di Iva, *ergo* di abuso del diritto.

La decisione si appalesa in tutto il suo valore. Sebbene i Giudici europei prendano in considerazione, in via principale, il rapporto esistente tra il principio del giudicato nazionale e il primato del diritto europeo, allo stesso tempo, innestando il problema sulla necessità di evitare che le disposizioni sovranazionali vengano interpretate e, dunque, applicate in maniera abusiva, sottolineano la rilevanza che tale divieto assume non solo

nel settore dei tributi ma anche a livello di sistema giuridico UE. In particolare, nel giustificare il primato del diritto dell'Unione Europea sull'assunto che un principio nazionale come quello dell'autorità della cosa giudicata non possa estrinsecare i propri effetti qualora non permetta un'applicazione effettiva ed efficace del divieto dell'abuso del diritto europeo, si manifesta quella tensione da parte dell'organo giurisdizionale di voler attribuire al richiamato divieto la veste giuridica di caposaldo permeante l'ordinamento UE. Tale ricostruzione è stata fatta propria da una parte della Dottrina che, nel considerare tale divieto quale principio assoluto del diritto europeo, la cui applicazione non potrebbe mai risultare compromessa da norme nazionali di carattere procedurale e sostanziale ove anche tali disposizioni siano poste a tutela della certezza del diritto e dell'economia processuale, ha ravvisato una clausola generale di salvaguardia del diritto UE che dovrebbe preservare quest'ultimo da comportamenti od operazioni in palese contrasto con l'essenza che lo caratterizza²⁷⁵.

²⁷⁵ In tal senso cfr. BASILAVECCHIA, *Il giudicato esterno cede all'abuso del diritto (ma non solo)*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2010, p. 13 ss.; MICELI, *Riflessioni sull'efficacia del giudicato tributario*

Infine, particolarmente rilevanti sono gli ultimi pronunciamenti della Corte con i quali sono stati chiariti i limiti entro i quali il divieto dell'abuso del diritto opera. Dal momento che ogni soggetto è libero di scegliere le strutture organizzative e le modalità operative più idonee per lo svolgimento della propria attività, i Giudici europei hanno sottolineato che non integrano fattispecie abusive tutte quelle operazioni che permettano solo di limitare la contribuzione fiscale in quanto frutto di un'adeguata e ragionata gestione d'impresa. In particolare, la preferenza di una struttura economica rispetto ad un'altra che determini, *inter alia*, un legittimo vantaggio fiscale in termini di differimento dell'onere fiscale ovvero una riduzione dello stesso, non costituisce una pratica abusiva nel momento in cui tale scelta risponda ad esigenze di natura gestionale e di impresa. Ciò è quanto emerge dalla sentenza *Foggia – Sociedade*²⁷⁶ in cui la Corte sottolinea

alla luce della recente sentenza Olimpclub, in Rass. trib., 2009, p. 1839 ss.; PIANTAVIGNA, Effettività del diritto comunitario in un caso di paradigmatico di VAT planning, in Riv. dir. fin. e scienza fin., 2009, p. 74 ss.; RAPISARDA, La prevalenza del principio del divieto di "abuso del diritto" in ambito Iva, in Il fisco, 2010, p. 1493 ss.

²⁷⁶ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 10 novembre 2011, causa C-126/10, *Foggia - Sociedade Gestora de Participações Sociais SA*

contro Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais. In particolare, con un'operazione di fusione, realizzata nell'anno 2003, la Foggia – SGPS, società di diritto portoghese attiva nel settore della gestione di partecipazioni, incorporava altre tre società di partecipazioni sociali appartenenti allo stesso gruppo. La Foggia chiedeva, in forza del dettato normativo nazionale, l'autorizzazione a dedurre dai suoi eventuali imponibili le perdite fiscali constatate, ma non ancora ammortizzate, dalla società incorporate negli esercizi dal 1997 al 2002. Il Ministero dell'Economia accettava la suddetta richiesta solo per due delle società coinvolte, negandola, invece, per la terza (*i.e.* la Riguardiana) dal momento che l'operazione di fusione di quest'ultima con la Foggia non presentava alcun interesse economico per quest'ultima. Il servizio giuridico del Ministero portoghese sottolineava che la Riguardiana aveva cessato di detenere un portafoglio di partecipazioni, non aveva praticamente realizzato utili con la sua attività e aveva investito solo in titoli. Peraltro non sarebbe stata chiara l'origine delle perdite fiscali di tale società. Se è vero che l'eliminazione della Riguardiana dalla struttura del gruppo avrebbe sicuramente condotto ad una riduzione delle spese amministrative e di gestione di quest'ultimo, secondo il Dicastero non si sarebbe potuto considerare che tale effetto positivo in termini di costi strutturale avrebbe potuto integrare un interesse economico reale. Impugnato il diniego, il giudice del rinvio ha ravvisato la necessità di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte, *inter alia*, la seguente questione pregiudiziale: se era compatibile con la direttiva 90/434 il criterio secondo cui non esistevano valide ragioni economiche che potessero giustificare la domanda presentata dalla società dal momento che l'effetto positivo in termini di riduzione dei costi di gestione non sarebbe mai potuto assurgere a valida ragione economica dell'operazione di fusione, stante le criticità relative alla Riguardiana. La Corte, dopo aver chiarito la nozione di «ristrutturazione e razionalizzazione economica», sostiene che può costituire una valida ragione economica un'operazione di fusione fondata su più obiettivi, tra i quali possono figurare anche considerazioni di natura tributaria, a condizione tuttavia che queste ultime non siano preponderanti nell'ambito dell'operazione prevista. Se da tale operazione, posta in essere per ridurre in via

come la ristrutturazione di un gruppo, realizzata al fine di ridurre le spese amministrative e di gestione, e che di conseguenza permetta di attenuare il carico fiscale, non può essere considerata una pratica abusiva. Secondo la Corte, qualora la riduzione della pressione fiscale origini dalla ristrutturazione o dalla razionalizzazione di un gruppo posta in essere per la riduzione dei costi amministrativi e di gestione, divenuti ormai insostenibili per il prosieguo dell'attività economica, allora tale scelta costituisce una valida ragione economica che legittima l'operazione in questione, escludendo, quindi, una possibile riqualificazione giuridica in termini di pratica abusiva²⁷⁷.

precipua i costi di gestione, scaturisce la possibilità di ottenere un vantaggio fiscale, ciò non può essere di ostacolo alla fusione, purché la dimensione fiscale non risulti essere lo scopo principale per cui si è operato.

²⁷⁷ In tal senso cfr. Corte di Giustizia, sentenza 22 dicembre 2010, causa C-277/09, *The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs vs. RBS Deuschled Holdings GmbH*; sentenza 22 dicembre 2010, causa C-103/09, *The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs vs. Weald Leasing Ltd.* Entrambe le sentenze richiamate riguardavano operazioni di leasing oggetto di contestazione da parte dell'Amministrazione fiscale britannica in quanto presentavano il potenziale effetto di ridurre o addirittura di evitare l'imponibilità dei corrispettivi delle locazioni in questione. Sebbene si trattasse di fattispecie speculari, la Corte è giunta a conclusioni difformi sulla base dei diversi elementi che

8. *Sintesi: il contenuto della nozione di abuso nella giurisprudenza UE.*

Da quanto esposto risulta chiara la tendenza della Corte a verificare, con grande prudenza, il corretto esercizio delle libertà fondamentali alla luce del divieto dell'abuso del diritto UE. La preoccupazione è quella, innanzitutto, di conciliare le possibilità offerte dall'Unione Europea con la necessità di evitare che il singolo sfrutti quanto riconosciuto a livello sovranazionale per ottenere indebiti vantaggi in contrasto con la *ratio* posta a fondamento della singola disposizione invocata. A ciò si lega anche l'esigenza di scongiurare il pericolo che l'ordinamento europeo si trasformi in quello strumento idoneo al raggirio

caratterizzavano le operazioni in oggetto, *i.e.* le scelte imprenditoriali e le modalità operative di realizzazione del business. Nella causa C-103/09, è stata individuata una fattispecie abusiva dal momento che le operazioni di leasing si estrinsecavano mediante l'interposizione di una società che escludeva l'applicazione della norma nazionale relativa alla sindacabilità degli importi dei canoni tra parti correlate; nella causa C-277/09, discutendo sulla scelta di un soggetto che nell'ambito di un gruppo bancario doveva effettuare le operazioni in questione e non essendo in contestazione l'importo dei canoni corrisposti ad un terzo soggetto, tale scelta, pur determinando la non imposizione delle operazioni di leasing, è stata definita quale espressione del diritto del soggetto passivo di scegliere la forma più idonea di realizzazione dei propri affari.

degli ordinamenti nazionali, creando, dunque, fenomeni di sottrazione “giuridico – normativa”. Proprio in tal senso deve essere valutato lo sforzo dei Giudici europei nel rintracciare gli elementi che caratterizzano la fattispecie in questione dal momento che la linea di demarcazione tra ciò che è lecito - o considerato tale - e ciò che integra un comportamento abusivo si presenta di ardua definizione.

Un primo dato che si ricava dalle sentenze in commento è che la circostanza abusiva genera, inevitabilmente, una palese distonia a livello di diritto interno. Nel momento in cui la disposizione europea è utilizzata impropriamente, l’ordinamento statale viene snaturato in quanto o perché la disciplina di un determinato settore viene elusa attraverso la normativa sovranazionale o perché vengono riconosciuti trattamenti di favore in forza di un comportamento solo apparentemente conforme alla disposizione UE a cui questo si ancora. In altri termini, stante la connessione che intercorre tra il piano nazionale e quello europeo, la nozione di abuso postula l’esistenza di una condotta elusiva della disciplina nazionale.

Altro aspetto di fondamentale importanza è che la situazione abusiva, per essere considerata tale, deve

necessariamente palesarsi tanto nella sua dimensione oggettiva quanto in quella soggettiva.

Con riferimento alla prima, si è potuto constatare un'apparente titubanza. Se da un lato la Corte non ha esitato a ravvisare fenomeni abusivi in costanza di comportamenti con effetto a U - così come visto per la libera circolazione dei servizi -, oppure in presenza di vere e proprie costruzioni artificiali, *i.e.* matrimoni di comodo, nonché in caso di condotte penalmente rilevanti, dall'altro lato, affermando come la semplice fruizione di quanto messo a disposizione dai Trattati non integri abuso dell'ordinamento UE, ha negato, *prime facie*, la possibile configurazione di circostanze di tal genere. In realtà, è proprio grazie a tale approccio negativo che la Corte ha non solo sottolineato la necessità di valutare molto attentamente le azioni poste in essere dai singoli ma soprattutto ha svelato il modo in cui farlo. Dal momento che sul piano oggettivo un'azione può essere o meno definita abusiva a seconda del peculiare settore del diritto europeo nel quale questa si estrinseca, l'interprete sarà obbligato ad analizzare *case by case* le fattispecie poste alla sua attenzione, senza adottare schemi di valutazione precostituiti i quali potrebbero risultare inadeguati, stante

la variegata casistica che caratterizza il fenomeno oggetto di studio. Ma per far ciò sarà necessario prendere in considerazione le intenzioni che hanno spinto il singolo a comportarsi in tal senso. In particolare, l'azione dovrà essere analizzata non solo in relazione alla volontà che astrattamente possa aver mosso l'individuo ad agire ma questa dovrà essere interpretata alla luce della *ratio* che permea la disposizione che si ritiene essere stata oggetto di un utilizzo improprio. Solo nel momento in cui risulti evidente la non conformità tra quanto posto in essere e quanto invece contemplato dalla norma, allora, presumibilmente, sarà integrata una fattispecie abusiva. Inoltre, un elemento che dovrà essere considerato è l'eventuale danno che potrebbe scaturire dall'esercizio improprio delle libertà fondamentali: la lesione della sfera giuridica altrui potrebbe rappresentare la prova del vantaggio non dovuto, ottenuto mediante la violazione del diritto europeo.

Infine, risulta impossibile trascurare la costante apprensione che contraddistingue l'orientamento della Corte di Giustizia in punto di misure nazionali anti-abuso. Dal momento che, come noto, i singoli non possono essere privati, in quanto soggetti di diritto dell'Unione Europea,

delle libertà fondamentali di cui possono fruire per il tramite dei sistemi giuridici nazionali, si è posto il problema della loro ammissibilità poiché potenzialmente idonee a limitare le posizioni giuridiche di derivazione europea. Sebbene considerate generalmente legittime a livello di diritto UE, la Corte ha ripetutamente puntualizzato i limiti entro i quali tali disposizioni possano operare. Affinché il potere di intervento degli Stati risulti idoneo ed adeguato nel contrastare azioni abusive questo dovrà estrinsecarsi esclusivamente in provvedimenti nazionali non solo improntati al principio di non discriminazione e di proporzionalità ma soprattutto giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico. Difatti, solo se tali requisiti saranno integrati, allora, le misure *de quibus* potranno limitare legittimamente l'esercizio delle libertà fondamentali.

CAPITOLO IV

L'ABUSO DEL DIRITTO TRA NORMA E GIURISPRUDENZA

SOMMARIO: 1. L'abuso del diritto nella sua veste di mero principio interpretativo del diritto UE – 2. L'abuso del diritto quale principio generale del sistema giuridico dell'Unione Europea – 3. Le sottocategorie del *genus* dell'abuso del diritto – 4. Gli elementi costitutivi dell'abuso: la dimensione oggettiva – 5. Gli elementi costitutivi dell'abuso: la dimensione soggettiva – 6. Gli effetti della condotta abusiva – 7. L'onere della prova e la condotta abusiva – 8. L'abuso del diritto e gli altri interessi in gioco: l'autonomia privata – 8.1. L'abuso del diritto e gli altri interessi in gioco: proporzionalità, effettività e uniforme applicazione del diritto UE – 8.2. L'abuso del diritto e gli altri interessi in gioco: certezza del diritto e legittimo affidamento – 9. L'abuso del diritto quale giusta sintesi tra principio interpretativo e categoria generale del diritto europeo: stato dell'arte e prospettive.

1. L'abuso del diritto nella sua veste di mero principio interpretativo del diritto UE.

Sulla base di quanto fin ad ora esposto, è necessario chiarire il significato dell'inciso «*non avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario (europeo, N.d.R.)*» che la Corte di Giustizia ha utilizzato a più riprese senza però definirne l'effettiva natura, potendo configurarsi come un principio generale dell'ordinamento dell'Unione o, piuttosto, come limite all'applicabilità di norme UE ovvero quale criterio ai fini della loro interpretazione. L'esigenza di fare luce sull'esatta portata dell'abuso del diritto nasce soprattutto dalle importanti conseguenze che comporta, giacché, qualora questo sia riscontrato, ne deriva la non applicazione di una norma dell'Unione che altrimenti sarebbe applicabile. In particolare, qualora sia accertato un abuso, potrà essere negato ad un soggetto, sia questo persona fisica o giuridica, il diritto di avvalersi di una posizione giuridica europea ovvero di una libertà fondamentale postulata dal Trattato.

A tal proposito, due sono gli orientamenti che si contrappongono.

Il primo è quello che ha riqualificato la problematica dell'abuso quale questione di natura prettamente interpretativa. Il richiamato monito dovrebbe essere inteso nei termini di una semplice operazione interpretativa che, individuando i limiti di applicabilità delle norme giuridiche, permette all'interprete di comprendere quando un'azione posta in essere risulti in palese contrasto con la finalità ultima della norma e, dunque, stabilire con certezza quando una condotta risulti inadeguata, ossia abusiva²⁷⁸.

La ricostruzione in termini di interpretazione teleologica del divieto dell'abuso del diritto trova fondamento nelle conclusioni presentate dall'Avvocato generale Tesouro

²⁷⁸ Una parte della Dottrina interpreta il divieto dell'abuso del diritto in termini di «*principio di costruzione*». Secondo tale orientamento, il suddetto monito metterebbe il giudice nelle condizioni di ricostruire puntualmente le singole fattispecie poste alla sua attenzione, garantendo la conformità e l'unità del diritto dell'Unione Europea. In tal senso cfr. DE LA FERIA, *Prohibition of Abuse of (Community) Law*, op. cit.; LUPI, STEVANATO, *Tecniche interpretative e pretesa immanenza di una norma generale antielusiva*, op. cit. Si sottolinea come tale impostazione garantirebbe una migliore valutazione della fattispecie posta all'attenzione dell'interprete poiché, non potendo utilizzare categorie prestabilite, ogni singola circostanza di fatto verrebbe valutata ed analizzata in tutta la sua interezza, garantendo così un migliore risultato a livello giurisdizionale.

che, con riferimento alla causa *Kefalas*²⁷⁹, ha evidenziato molteplici criticità nell'elevare il suddetto divieto a principio generale dell'ordinamento europeo. Partendo dall'affermazione secondo la quale nell'interpretazione di una norma di diritto UE è necessario tener conto non soltanto della lettera della stessa ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa in questione²⁸⁰, viene sottolineato come la questione dell'abuso debba essere ricondotta in quell'attività di definizione dei limiti alle posizioni giuridiche di matrice europea. Essendo in gioco un diritto o una libertà fondamentale che trova la sua origine nel sistema giuridico dell'UE, l'abuso non può che risolversi in una questione di interpretazione della disposizione europea che, di volta in volta, è presa in considerazione²⁸¹. Anche l'Avvocato generale Saggio,

²⁷⁹ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 12 maggio 1998, op. cit.

²⁸⁰ In tal senso, cfr. Corte di Giustizia, sentenza 17 novembre 1983, causa C-292/82, *Merck*, punto 12; sentenza 21 febbraio 1984, causa C-337/82, *Nikolaus Brennei und Likorfabrik*, punto 10; sentenza 14 ottobre 1999, causa C-223/98, *Adidas*, punto 23; sentenza 24 febbraio 2000, causa C-434/97, *Commissione c. Francia*, punto 23; sentenza 14 giugno 2001, causa C-191/99, *Kvaerner*, punto 30; sentenza 7 giugno 2005, causa C-17/03, *VEMN*, punto 41.

²⁸¹ Cfr. punto 25 delle conclusioni dell'Avvocato generale Tesouro nella sentenza *Kefalas*: «Più in generale, giova richiamare l'affermazione della Corte secondo cui, anche se «i giudici nazionali possono tener conto, basandosi su elementi obiettivi, del

nelle conclusioni relative alla sentenza *Diamantis*²⁸², ha evidenziato come l'individuazione di una fattispecie abusiva riguardi esclusivamente l'esatta interpretazione dell'ambito di applicazione della norma e i suoi limiti intrinseci, così da disconoscere i benefici ottenuti mediante l'utilizzo oltremisura di una disposizione di diritto europeo²⁸³.

comportamento abusivo o fraudolento dell'interessato fruire delle disposizioni di diritto comunitario invocate, tuttavia, nel valutare tale comportamento, essi devono tener presenti le finalità perseguite dalle disposizioni di cui trattasi. In buona sostanza, dunque, la Corte riconosce al giudice nazionale la possibilità di sanzionare un uso distorto o eccessivo del diritto comunitario unicamente allorché non ne risultino pregiudicate le finalità perseguite da tale norma, in particolare nelle ipotesi in cui la norma invocata è solo "apparentemente" quella che regola la fattispecie ovvero quando la situazione in cui versa il titolare del diritto invocato in giudizio è solo "apparentemente" conforme a quanto prescritto dalla norma in questione. Ciò significa, a ben vedere, che la Corte riserva a se stessa, com'è giusto che sia, la definizione dell'ambito sostanziale del diritto comunitario controverso, vale a dire dei limiti intrinseci alla posizione giuridica soggettiva di cui si tratta. La possibilità di negarne l'invocabilità è pertanto ammessa solo quando sia dimostrato che quei limiti sono stati superati. In tale prospettiva, la questione dell'abuso di diritto eventualmente eccepita in base a norme dell'ordinamento nazionale finisce col risolversi, allorché è in gioco una situazione giuridica attribuita dal diritto comunitario, in una questione di interpretazione della norma comunitaria di cui si tratta».

²⁸² Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 23 marzo 2000, op. cit.

²⁸³ Cfr. punto 24 della Conclusioni dell'Avvocato generale Saggio nella sentenza *Diamantis*: «Il rinvio operato dalla Corte al sistema nazionale va correttamente inteso, quindi, come l'indicazione di

Tale linea di pensiero è stata adottata anche nelle conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Maduro, nella causa *Halifax*²⁸⁴, il quale, richiamando quanto sostenuto nelle cause *Kefalas, Diamantis e Centros*²⁸⁵

uno strumento, a disposizione del giudice nazionale, finalizzato a garantire la corretta applicazione del diritto comunitario e dunque ad evitare che un diritto, pur attribuito da una disposizione comunitaria, non venga esercitato qualora detta disposizione sia solo “apparentemente” quella che regola la fattispecie, ovvero qualora la situazione in cui versa il titolare del diritto invocato in giudizio sia solo “apparentemente” conforme a quanto prescritto dalla norma. In altre parole, si tratta di una valutazione che coinvolge lo stesso ambito di applicazione della norma, i suoi limiti intrinseci. In questa ottica, lasciare al giudice nazionale la possibilità di applicare la norma interna che sanziona un uso abusivo del diritto si risolve nel sanzionare l’invocazione del diritto comunitario laddove detti limiti sono stati superati: laddove, cioè, la norma comunitaria non intende essere applicata».

²⁸⁴ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 21 febbraio 2006, op. cit.

²⁸⁵ Degna di nota sono le conclusioni dell’Avvocato generale La Pergola che, sebbene inizialmente sembri qualificare il divieto dell’abuso del diritto quale principio generale dell’ordinamento europeo, finisce per ridimensionarne il contenuto, equiparandolo ad uno strumento interpretativo volto ad individuare l’esatta portata sostanziale del diritto attribuito al singolo operatore che agisce in antitesi alla finalità che permea la norma a cui è ancorata la condotta. Testualmente l’Avvocato sostiene, al punto 20: «Riflettiamo, d’altra parte, sull’altra tesi avanzata dal registro delle società e dal governo danese: l’interesse dei coniugi Bryde allo svolgimento in Danimarca di attività d’impresa in forma societaria, con limitazione della relativa responsabilità, non sarebbe meritevole della protezione offerta dagli artt. 52 e seguenti del Trattato in quanto lo schema societario per lo stabilimento in Gran Bretagna sarebbe stato da loro prescelto con intenti fraudolenti. Il fine sarebbe quello di eludere le norme sul capitale sociale minimo

dagli illustri colleghi, ha messo in evidenza che l'inciso secondo il quale i singoli non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente delle norme sovranazionali ha la valenza di un canone interpretativo del diritto UE²⁸⁶, dal momento che l'individuazione di una

iniziale dello Stato dello stabilimento secondario (che, secondo una tale prospettiva, risulterebbero applicabili a quello che, in realtà, è uno stabilimento "primario"). Certo, il principio secondo cui "gli interessati non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente

del diritto comunitario è costante nella giurisprudenza di codesto Collegio e figura fra i principi generali dell'ordinamento comunitario. Precisarne gli esatti contorni è, però, tutt'altro che agevole. Secondo la recente pronuncia *Kefelas*, abuso del diritto chi ne è titolare quando lo esercita in maniera irragionevole, per ottenere, con danno altrui, «vantaggi illeciti e palesemente estranei all'obiettivo» perseguito dal legislatore con il conferire all'individuo quella determinata situazione soggettiva. Sotto questo profilo dell'abuso del diritto, traspare una certa affinità fra il principio generale che lo consacra e quello che ha riguardo al criterio di proporzionalità come limite all'esercizio del potere. A parte ciò, come è stato rilevato in Dottrina, resta sempre attuale la celebre definizione formulata dal civilista francese Planiol, secondo cui "*le droit cesse où l'abus commence*"; affermazione, questa, che pone in chiara evidenza come la tematica dell'abuso si risolva, in ultima analisi, nel definire il contenuto sostanziale della situazione soggettiva, e dunque l'ambito delle facoltà riconosciute al soggetto che ne è titolare. In altri termini, il valutare se il concreto esercizio di un diritto sia abusivo, oppure no, altro non significa che delimitare, sul piano sostantivo, la portata del diritto stesso».

²⁸⁶ Cfr. punto 69 della Conclusione dell'Avvocato generale Maduro nella sentenza *Halifax*: «Sono perciò del parere che questa nozione di abuso valga da principio interpretativo del diritto comunitario, come ha sostenuto la Commissione nelle sue osservazioni scritte.

fattispecie abusiva contempla, quale *condicio sine qua non*, l'esatta definizione dell'ambito teleologico della disposizione normativa invocata. Solo così operando, è possibile stabilire la diretta corrispondenza tra norma ed azione posta in essere, nel senso che quest'ultima non si ponga manifestamente al di fuori dei limiti di applicazione della prima.

L'orientamento che nega autonoma rilevanza alla nozione di abuso del diritto nonché al suo contestuale divieto, riconducendo il problema ad una semplice questione di interpretazione, trae fondamento nell'esigenza di non appesantire eccessivamente il sistema giuridico europeo. In tal senso, significativo è il pensiero di una parte della Dottrina che, proprio sul tema in parola, ha sostenuto come il divieto di abuso del diritto «*is a principle of interpretation that must be considered in conjunction with other well established concepts of*

Decisivo nell'affermare l'esistenza di un abuso appare l'ambito teleologico della norma comunitaria invocata, il quale deve essere definito al fine di stabilire se tale disposizione effettivamente attribuisca il diritto rivendicato, nel senso che quest'ultimo non resti manifestamente fuori dal suo ambito di applicazione. Ciò spiega perché la Corte spesso parli non di abuso del diritto, bensì semplicemente di abuso». In tal senso cfr. KJELLGREN, «*On the Border of Abuse*», in *Eur. bus. law rev.*, 2000, p. 192 ss.

Community law, such as legal certainty and fiscal neutrality»²⁸⁷.

Da tale inciso appare evidente come non vi sia alcun tipo di necessità di elevare l'abuso a principio ovvero a categoria autonoma UE nel momento in cui il rimedio al problema del comportamento improprio si rinviene sul piano interpretativo. Il tentativo di utilizzare in maniera abusiva una posizione giuridica, con il fine ultimo di ottenere un vantaggio indebito, può essere "paralizzata" attraverso un'interpretazione restrittiva della disposizione di riferimento, in ottemperanza ai principi dell'effetto utile, di proporzionalità nonché di coerenza sistematica. Proprio una puntuale interpretazione teleologica delle disposizioni oggetto di esercizio improprio restringerebbe i margini di applicazione dell'abuso e garantirebbe, allo stesso tempo, la massima efficacia di quei principi ormai ben cristallizzati e sui quali si fonda l'Unione Europea, quali la supremazia e l'effettività del diritto europeo, nonché la certezza del diritto e il legittimo affidamento.

²⁸⁷ Cfr. DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, op. cit.; MCCARTHY, *Abuse of rights – European's legal elephant*, op. cit.

L'impossibilità di ricostruire il divieto di abuso del diritto quale autonomo principio generale del diritto UE troverebbe conferma anche nella disciplina che permea il settore della contrattualistica UE laddove l'abuso e il relativo divieto assumono rilevanza giuridica solo in quanto espressione del più pregnante principio di buona fede²⁸⁸. Partendo dall'assunto che la buona fede deve caratterizzare ogni negozio giuridico tanto nella fase precontrattuale quanto in quella attuativa, il divieto *de quo* risulta essere quel peculiare strumento interpretativo volto a garantire che le azioni poste in essere, in costanza di contratto, siano idonee a realizzare appieno l'interesse delle parti in gioco. Difatti, qualora non fosse ravvisata tale ultima circostanza, nel senso che una parte prevarica sull'altra, verrebbe integrata una pratica abusiva o meglio dire un comportamento lesivo del valore assoluto della buona fede, *ergo* l'irrilevanza del divieto di abuso quale categoria autonoma poiché già sussunta nella nozione di buona fede, elemento fondante tanto i diritti nazionali quanto quello europeo.

²⁸⁸ In tal senso cfr. Capitolo II, pag. 81.

2. L'abuso del diritto quale principio generale del sistema giuridico dell'Unione Europea.

La ricostruzione dell'abuso del diritto e del contestuale divieto in termini di mero canone interpretativo è stata contestata da quell'orientamento Dottrinale²⁸⁹ che rinviene nella richiamata categoria un principio generale del sistema giuridico europeo.

In primo luogo, è stato sottolineato come la formula «*i singoli non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario (europeo, N.d.R.)*» abbia avuto una progressiva estensione nella giurisprudenza UE, in modo da consentirne una quasi costante applicazione nei diversi settori che compongono l'ordinamento sovranazionale. Come visto, il primo settore normativo interessato dall'utilizzo del suddetto inciso è

²⁸⁹ In tal senso cfr. PIANTAVIGNA, *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?*, 3 – 4 October Oxford (UK), *Conference Report*, op. cit., p. 166 ss.; RUIZ ALMENDRAL, *Tax Avoidance and the European Court of Justice: what is at stake for European General Anti – Avoidance Rules?*, in *Intertax*, 2005, p. 580 ss.; SORENSEN, *Abuse of Rights in Community Law. A Principle of Substance or Merely Rhetoric*, in *Com. mar. law. rew.*, 2006, p. 440 ss.; STIZZA, *International tax avoidance and the abuse of law in European Union*, in SACCHETTO, BARASSI (a cura di), *Introduction to comparative tax law*, Torino, 2008, p. 87 ss.

stato quello della libera prestazione dei servizi con il caso *Van Binsbergen* nel lontano 1974²⁹⁰. Pian piano il riferimento giurisprudenziale in virtù del quale i comportamenti abusivi non risultano meritevoli di tutela ha trovato largo impiego anche nelle altre libertà fondamentali o, comunque, nelle diverse branche che costituiscono il diritto UE. Proprio il continuo riferimento al divieto dell'abuso del diritto e il suo continuo riproporsi nei diversi settori dell'ordinamento europeo - quali quello della PAC, del diritto tributario europeo, della libera circolazione dei lavoratori, del diritto societario, della cittadinanza, della contrattualistica europea nonché del diritto internazionale privato UE - giustificherebbe l'esigenza e la volontà di far emergere un nuovo principio generale volto a tutelare l'ordinamento sovranazionale, e quelli che lo costituiscono, dall'esercizio improprio di diritti o libertà fondamentali.

Quanto detto troverebbe conferma nel modo in cui il Supremo Organo giurisdizionale europeo ha utilizzato e utilizza tale formula nelle sue decisioni, a partire dal *leading case* sopra menzionato. In particolare, la Corte di

²⁹⁰ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 3 dicembre 1974, op. cit.

Giustizia, nel ribadire con forza che l'applicazione delle disposizioni europee non può essere estesa fino ad ammettere pratiche abusive - *i.e.* condotte che, sebbene apparentemente conformi al dettato normativo, sono rivolte al raggiungimento di un beneficio non dovuto - ha fatto non solo un crescente riferimento ai propri precedenti in materia ma ha cercato di sottolineare, ove possibile, gli elementi costitutivi in presenza dei quali una fattispecie abusiva possa ritenersi integrata. Tale approccio sembra trovare la propria giustificazione in quell'esigenza di tutelare in maniera effettiva l'ordinamento europeo ma, soprattutto, di evitare che quest'ultimo possa essere "vittima" di quel principio primo su cui esso si fonda: la libertà di scelta. E proprio dalla necessità di raggiungere tale obiettivo discenderebbe l'obbligo per le autorità nazionali di applicare²⁹¹ in maniera equilibrata, il suddetto

²⁹¹ Preme sottolineare che, come visto nei paragrafi precedenti, l'abuso del diritto, postulando il potere di destituire di fondamento un'azione impropria che si fonda su di una posizione giuridica soggettiva europea, potrebbe conferire un potere eccessivo nelle mani degli organi giurisdizionali nazionali. A tal proposito, la Corte di Giustizia ha più volte ripetuto come l'impiego del richiamato potere non può, allo stesso tempo, pregiudicare la piena efficacia nonché l'applicazione uniforme delle disposizioni europee negli Stati membri. Dunque, tale facoltà dovrà essere utilizzata nel rispetto degli stessi principi generali che permeano l'Unione

divieto a prescindere dalla natura dei poteri a loro conferiti dall'ordinamento di appartenenza e dall'esistenza di un fondamento giuridico di origine nazionale in materia di contrasto alle pratiche abusive.

Coloro che sostengono la natura di principio generale UE del divieto dell'abuso del diritto pongono a fondamento della loro teoria alcune pronunce in forza delle quali la Corte europea avrebbe ben chiarito come l'abuso e il suo divieto siano a tutti gli effetti un valore assoluto europeo. Il punto di partenza viene rintracciato in quelle sentenze in cui si puntualizza che le disposizioni sovranazionali, sebbene attribuiscano ai singoli il diritto di agire, non possono, allo stesso tempo, riconoscere come legittime le condotte che risultano in contrasto con la *ratio* di quelle stesse norme attributive della posizione giuridica soggettiva²⁹². Di poi, vengono prese in considerazione quelle decisioni in cui sono delineati, in maniera generale

Europea nonché delle finalità ultime che caratterizzano le disposizioni europee che risultano aggirate od abusate.

²⁹² In questo senso, cfr. sentenze 11 ottobre 1977, causa C-125/76, *Cremer*, op. cit.; 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros*, op. cit.; 21 febbraio 2006, causa C-255/02, *Halifax e a.*, op. cit.; 6 aprile 2006, causa C-456/04, *Agip Petroli*, op. cit.; 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas*, op. cit.

ed astratta, i requisiti alla luce dei quali poter valutare le singole azioni e, se integrati, destituire di fondamento le condotte così realizzate. In particolare, l'attenzione è focalizzata sulla sentenza *Emsland-Stärke*²⁹³ in cui i Supremi Giudici europei ravvisano nell'alterazione del fattore causale la caratteristica principe che attribuirebbe al divieto dell'abuso del diritto quella generalità tipica dei principi del diritto dell'Unione Europea, i quali rivelano la loro natura di norma "aperta" idonea ad essere utilizzata in ogni settore normativo.

In ultimo, viene sottolineato che è proprio con la sentenza *Kofoed*²⁹⁴ che la Corte interpreta il suddetto divieto quale principio immanente l'ordinamento europeo. In particolare, al punto 38 della richiamata decisione viene affermato, testualmente, come «*l'art. 11, n. 1, lett. a), della direttiva 90/434 riflette il principio generale di diritto comunitario secondo il quale l'abuso del diritto è vietato. I singoli non possono avvalersi fraudolentemente o abusivamente delle norme di diritto comunitario*». Tale

²⁹³ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 14 dicembre 2000, op. cit.

²⁹⁴ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 5 luglio 2007, op. cit.

inciso, dunque, sarebbe la prova tangibile della reale natura dell'istituto in questione²⁹⁵.

Preme sottolineare la rilevanza delle parole utilizzate dalla Corte per trattare l'abuso. Come precedentemente descritto, la lettera a) dell'art. 11, n. 1 della direttiva 90/434, concernente il trattamento fiscale delle operazioni di concentrazione, cristallizza una disposizione anti-abuso la quale attribuisce agli Stati membri, per il tramite delle rispettive Autorità, il potere di revocare i benefici ottenuti a seguito dell'impiego distorto di una posizione giuridica soggettiva. Partendo da tale presupposto e dal momento che - così come la Corte di Giustizia evidenzia - tale norma altro non è che una semplice forma di codificazione, o meglio dire "riflesso", di un principio generale che permea il diritto europeo, allora tale valore assoluto estrinsecerebbe i propri effetti in qualunque settore dell'ordinamento europeo, a prescindere dell'esistenza o meno di specifiche norme che ribadiscano – forse anche in maniera superflua – il principio secondo il

²⁹⁵ In tal senso cfr. Tribunale della funzione pubblica, sentenza 21 settembre 2011, causa T-325/09, causa *Adjemian*, in cui al paragrafo 59 si afferma, *incidenter tantum*, che «il divieto l'abuso del diritto in base al quale nessuno può avvalersi abusivamente di norme giuridiche, fa parte dei principi generali del diritto di cui il giudice garantisce il rispetto»

quale il diritto UE non può essere oggetto di pratiche abusive. Proprio il fatto che tale istituto risulti, a tutti gli effetti, svicolato da qualunque forma di cristallizzazione normativa, avvalorerebbe la tesi che individua nel divieto di abuso del diritto UE un principio generale dell'Unione, ossia clausola di sicurezza assoluta idonea ad arginare tutte quelle condotte che, in un modo o nell'altro, eccedono i limiti di quanto legislativamente consentito, danneggiando, allo stesso tempo, tanto il sistema giuridico europeo quanto quelli nazionali.

3. Le sottocategorie del genus dell'abuso del diritto.

Sebbene sulla tematica in questione ancora non vi sia un'uniformità di vedute, dall'analisi condotta sia a livello legislativo che giurisprudenziale è emerso la rilevanza assunta dalla categoria concettuale dell'abuso del diritto - e del correlato divieto - nel sistema giuridico dell'Unione Europea. Risulta come nessun ambito del diritto UE sia esente dagli effetti della richiamata situazione che ruota attorno all'alterazione del fattore causale, *i.e.* la divergenza tra il comportamento apparentemente conforme al dettato normativo e la *ratio* della norma su cui si fonda l'azione

stessa. La chiave di volta per accertare la natura abusiva di un comportamento è rappresentata, dunque, dall'obiettivo ultimo che si vuole tutelare, ossia da quel peculiare un giudizio di congruità tra il comportamento effettivamente posto in essere e la condotta modello prevista per raggiungere quel peculiare risultato contemplato dalla norma di riferimento²⁹⁶. Nel momento in cui la finalità concreta risulti palesemente estranea o contraria²⁹⁷ a quella istituzionalmente contemplata, è possibile ritenere

²⁹⁶ In tal senso, si è soliti parlare di azione normale od ordinaria. Secondo l'orientamento della Corte di Giustizia - esplicitato nelle sentenze *General Milk*, *Cremer e Emsland-Stärke* - un'operazione può essere definita abusiva qualora risulti anormale o eccezionale rispetto all'obiettivo contemplato dalla norma di riferimento. Se per azione "ordinaria" si è soliti indicare il comportamento che un individuo dovrebbe tenere per raggiungere un obiettivo rilevante per l'ordinamento giuridico in cui opera, in modo tale che la sua azione risulti conforme al dettato normativo che ne legittima la condotta, nel momento in cui tale azione presenti divergenze rispetto a quella normativamente contemplata, allora potrebbe sostanzarsi un esercizio abusivo di una posizione giuridicamente riconosciuta e tutelata.

²⁹⁷ Preme sottolineare come la Corte di Giustizia, nelle pronunce *Kefelas* e *Diamantis*, abbia ravvisato l'esistenza di una fattispecie abusiva in quel comportamento che, essendo in palese contrasto con la finalità ultima della disposizione a cui la condotta si riferiva, creava un danno a terzi. Secondo i Supremi Giudici europei il danno procurato a terzi potrebbe essere interpretato come prova tangibile della divergenza tra quanto effettivamente realizzato e quanto normativamente tutelato.

integrata una fattispecie abusiva, la cui diretta conseguenza è la fruizione di un indebito vantaggio.

Sulla base di tale assunto, si è potuto constatare come l'esercizio abusivo di una posizione giuridica possa manifestarsi diversamente a seconda che ad essere incisiva sia la disciplina nazionale ovvero quella europea. Tale distinzione risulta di assoluta importanza dal momento che l'abuso del diritto contempla una pluralità di situazioni che, sebbene accomunate dall'esercizio improprio di un diritto o di una libertà, risultano differenti una dall'altra, andando a costituire autonome sottocategorie di uno stesso *genus*.

Un primo aspetto da chiarire riguarda il rapporto che sussiste tra il concetto di abuso e quello di frode alla legge. Dalla copiosa giurisprudenza presa in considerazione e alla luce di quanto rilevato sul piano normativo, si è potuto constatare come le due categorie in questione sono state affiancate in un'ottica di piena fungibilità. In realtà, più che in tali termini, è possibile sostenere che la frode alla legge costituisce una peculiare *species* dell'abuso del diritto UE. Ciò è quanto emerge dal modo con cui la frode si è manifestata nell'ordinamento sovranazionale. In forza dei principi dell'efficacia diretta e del primato del diritto

europeo, i singoli invocano una specifica situazione soggettiva riconosciuta a livello UE per sfuggire all'applicazione di una determinata regolamentazione interna e, dunque, per ottenere un vantaggio indebito. Ecco che se da un lato la sottrazione o il raggiro della disciplina nazionale, in forza del diritto UE, si presenta, in un'ottica statalista, come un fenomeno di frode alla legge nazionale, sul piano sovranazionale, invece, potrebbe costituire l'esercizio improprio della disciplina europea, ossia un comportamento conforme al dettato normativo ma contrario alla finalità ultima che informa la suddetta norma.

È importante sottolineare come nell'abuso del diritto sono ricomprese tutte quelle fattispecie in cui il comportamento del singolo non è semplicemente teso ad eludere la normativa nazionale di appartenenza, bensì ad ingannare la stessa disciplina europea, dando vita ad un fenomeno di frode alla legge europea ovvero elusione della regolamentazione sovranazionale. In tale *species* devono essere annoverati tutti i comportamenti che sebbene formalmente corretti, risultino posti in essere in modo artificioso al fine di trarre vantaggio dall'applicazione di norme dell'Unione. Dunque, sussistono i requisiti che

consentono di beneficiare dell'applicazione di una disposizione UE ma questi sono stati precostituiti al fine di ottenere vantaggi conseguenti all'applicazione di tale norma.

In ultimo, si deve considerare un'altra espressione dell'abuso. Ci si riferisce alla sottocategoria del cd. abuso del diritto in senso stretto che si manifesta ogni qual volta l'esercizio di un diritto, fondato su una disposizione normativa o principio fondamentale UE, vada oltre quanto consentito dalla sottesa base giuridica europea. Difatti, l'azione realizzata, non essendo conforme con la finalità ultima che informa la disposizione o il principio a cui questa si ancora, va ad incidere negativamente un'equivalente posizione giuridica attribuita ad un terzo, creando un fenomeno di compressione o addirittura di annullamento giuridico.

4. Gli elementi costitutivi dell'abuso: la dimensione oggettiva.

Al fine di razionalizzare la categoria dell'abuso, è necessario esaminarne gli elementi costitutivi così come

sono emersi dall'analisi della legislazione nonché della giurisprudenza UE.

Affinché si possa ritenere integrata una pratica abusiva è innanzitutto necessario verificare la sussistenza della cd. dimensione oggettiva. Con tale perifrasi si è voluto indicare quel particolare comportamento che, apparentemente, si presenta conforme al dettato normativo a cui questo si ancora. A tal proposito, è stato possibile rilevare l'estrema varietà con cui le pratiche abusive si sono, via via, manifestate nella realtà fenomenica, differenziandosi a seconda del tipo di settore normativo o di libertà coinvolta.

Una prima modalità di esercizio improprio delle libertà fondamentali si concretizza in quell'azione del singolo che, al fine di sottrarsi alla legislazione restrittiva del Paese di appartenenza, si radica in un altro Stato, a legislazione più favorevole, e da questo indirizza completamente o in via principale la propria attività verso il primo, dando vita ad un effetto cd. a U o boomerang. Attraverso un fenomeno di dissociazione temporale e territoriale tra l'attività realizzata e lo Stato di invio e/o destinazione, il soggetto ha la possibilità di aggirare impropriamente una disciplina nazionale per mezzo del diritto europeo, fruendo

di vantaggi che difficilmente avrebbe potuto ottenere in assenza della struttura sopra richiamata²⁹⁸.

In tali situazioni di utilizzo del diritto UE in danno alla disciplina nazionale, devono essere incluse tutte quelle operazioni la cui abusività è subordinata al tipo di vantaggio conseguito. Si tratta dei comportamenti che, sebbene conformi alla normativa europea e a quella nazionale che traspone quest'ultima, garantiscono il raggiungimento di quell'unico beneficio che, se posto esclusivamente a fondamento dell'azione, trasforma quest'ultima da legittima in abusiva. La peculiarità di tale circostanza si fonda sul fatto che l'inadeguatezza dell'azione sussiste solo se dall'insieme delle condizioni obiettive si ha la prova della tensione del singolo a raggiungere quel particolare obiettivo in grado di creare una distonia giuridica. L'esempio più eclatante, in tal senso, è quello preso in esame nel settore del diritto

²⁹⁸ Tale problema è stato affrontato puntualmente nell'ambito della libera circolazione dei servizi. In particolare, proprio nei settori relativi alla televisione transfrontaliera, a quello bancario e creditizio nonché al distacco del personale all'estero, si sono verificate situazioni in cui è stato ravvisato quell'effetto tipico dell'esercizio abusivo di tale libertà fondamentale: il cd. effetto a U ovvero a boomerang.

tributario europeo. Grazie alle sentenze *Halifax*²⁹⁹ e *Part Service*³⁰⁰ è stato chiarito come la situazione abusiva si ritiene integrata quando, nonostante la conformità alle pertinenti disposizioni europee, si realizzi un'azione finalizzata a raggiungere esclusivamente un vantaggio fiscale - e non anche ad integrare obiettivi che esulano la ragione tributaria - la cui concessione sarebbe contraria alla finalità sottesa a tali disposizioni³⁰¹.

Altra modalità di espressione oggettiva dell'utilizzo improprio del diritto UE è rappresentata da quell'azione che non si pone in danno agli ordinamenti nazionali, bensì allo stesso diritto europeo. Nel momento in cui il soggetto agisce oltrepassando i limiti contemplati dalla norma che permette a quest'ultimo di realizzare il proprio interesse, si

²⁹⁹ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 21 febbraio 2006, op. cit.

³⁰⁰ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 21 febbraio 2008, op. cit.

³⁰¹ In un'ottica negativa, si prenda in esame quanto statuito dalla Corte di Giustizia, in materia di libertà di stabilimento. Con la sentenza *Centros* il Supremo Collegio europeo sottolinea come l'esercizio del diritto di stabilimento da parte delle società - per mezzo del quale possono svolgere la propria attività nel territorio UE attraverso succursali, agenzie o filiali - non può costituire abuso del diritto di stabilimento in quanto tale circostanza si concretizza solo nel caso in cui il titolare del diritto lo eserciti in maniera irragionevole, al fine di ottenere, con danno altrui, vantaggi illeciti e, dunque, palesemente estranei all'obiettivo perseguito dal legislatore che ha conferito all'individuo quella determinata situazione soggettiva.

genera un fenomeno di compressione o addirittura di annullamento di una posizione giuridica di un terzo che risulterà lesa. In tal senso, si considerino le situazioni di abuso contemplate nel settore del diritto internazionale privato dell'Unione Europea, con particolare riferimento ai conflitti di competenza giurisdizionale nelle obbligazioni contrattuali. Come si evince dal ragionamento sotteso alla sentenza *MSG*³⁰², l'abuso del diritto UE non si sostanzia solo quando un soggetto pone in essere un raggirò della disciplina nazionale per il tramite del diritto europeo, bensì anche quando una posizione giuridica di derivazione sovranazionale viene esercitata oltre misura in modo da restringere o limitare una libertà o un diritto di ugual natura. Quanto detto trova conferma in quella formulazione "normativa" contenuta nell'art. 54 della Carta di Nizza in forza della quale *«nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o di compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla*

³⁰² Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 20 febbraio 1997, op. cit.

Carta». L'esercizio di una posizione giuridica soggettiva non può, dunque, concretizzarsi in un'azione sproporzionata. Qualora l'esercizio di un diritto ecceda i confini dello stesso, ossia oltre la finalità a questo sottesa, si viene a creare uno iato tra la *ratio* della posizione soggettiva legittimamente riconosciuta e le relative modalità di estrinsecazione.

Il piano oggettivo risulta integrato, inoltre, quando la condotta di un soggetto trova fondamento in una costruzione artificiosa in modo da ottenere, almeno formalmente, una “copertura” europea e, dunque, permettere al soggetto di sfruttare abusivamente la disciplina di riferimento. In tale categoria rientrano tutte quelle azioni il cui fine ultimo non è quello di sottrarsi precipuamente alla disciplina di uno Stato membro, sfruttando quanto riconosciuto a livello sovranazionale, bensì quello di usufruire dei benefici previsti dalla regolamentazione nazionale per una situazione rilevante a livello UE. Ciò è quanto emerso nel settore della libera circolazione dei lavoratori nonché in quello della cittadinanza europea. Con riferimento al primo, le sentenze

*Paletta*³⁰³, *Ninni – Orasche*³⁰⁴ e *Akrich*³⁰⁵ hanno evidenziato come l'esercizio di una libertà fondamentale possa risultare abusiva nel momento in cui il soggetto in questione ponga in essere dei comportamenti volti ad eludere la disciplina nazionale e, quindi quella europea, simulando il possesso di determinati requisiti richiesti per la concessione dei benefici previsti attraverso matrimoni fittizi o cd. di comodo, nonché mediante falsa documentazione³⁰⁶. Relativamente alla cittadinanza europea, la sentenza *Rottman*³⁰⁷ ha messo in luce che, qualora questa venga acquisita in violazione della legge nazionale, sussiste la possibilità di disconoscere tale *status*, rendendo il soggetto apolide.

³⁰³ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 3 giugno 1992, op. cit.

³⁰⁴ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 6 novembre 2003, op. cit.

³⁰⁵ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 23 settembre 2003, op. cit.

³⁰⁶ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 27 settembre 2001, causa C-235/99, *Kondova*, nella quale la Corte ha affermato, in relazione al soggiorno di una cittadina bulgara, che «il rilascio di false dichiarazioni viola l'obbligo di dichiarare sinceramente le proprie intenzioni che incombe a colui che faccia domanda di stabilimento nello Stato membro ospitante, obbligo il cui rispetto è necessario per consentire alle competenti autorità nazionali di verificare che l'attività di lavoro autonomo che il cittadino bulgaro intenda svolgere in tale Stato sia esclusiva e redditizia». In tal senso cfr. Corte di Giustizia, sentenza 5 giugno 1997, causa C-285/95, *Kol*.

³⁰⁷ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 2 marzo 2012, op. cit.

A ciò si aggiungano tutte quelle fattispecie in cui l'azione del singolo, in violazione della legge nazionale di appartenenza, produca i suoi effetti in un altro Stato UE, sulla base di un impiego distorto di un principio o di una libertà fondamentale. In tal senso, si consideri il caso della circolazione delle sentenze nazionali qualora queste siano state pronunciate in violazione della legge processuale dello Stato di origine. Il principio del mutuo riconoscimento garantisce efficacia ad un atto che, viziato *ab origine*, estrinseca i propri effetti in un altro Stato UE, mettendo a repentaglio la coerenza dello spazio giudiziario europeo³⁰⁸.

5. Gli elementi costitutivi dell'abuso: la dimensione soggettiva.

Come è stato più volte ribadito, affinché si possa parlare di esercizio abusivo del diritto UE è necessario che l'azione risulti in antitesi con la *ratio* sottesa alla norma o al principio su cui la stessa azione si fonda. Allo stesso tempo, però, l'abuso non si esaurisce nella sola dimensione

³⁰⁸ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 2 aprile 2009, *Gambazzi*, op. cit.

oggettiva ma contempla anche la cd. dimensione soggettiva, ossia l'intenzione del singolo ad agire in modo da raggiungere un vantaggio o un beneficio indebito mediante un uso improprio della posizione giuridica a lui riconosciuta. A tal proposito, si è potuto constatare un orientamento ondivago. Se da un lato, non sono mancati, sia a livello legislativo che giurisprudenziale, puntuali riferimenti alla necessità di valutare un comportamento abusivo sulla base solo di elementi obiettivi³⁰⁹, dall'altro si è visto come l'esigenza di ricostruire lo sfruttamento improprio di un diritto o di una libertà in maniera esaustiva abbia spinto la Corte di Giustizia ad attribuire la giusta rilevanza all'elemento soggettivo. Difatti, l'interprete dovrà valutare e provare anche la volontà che ha

³⁰⁹ In tal senso, si è espressa la Corte di Giustizia (sentenza *BPB Industries e Hoffmann La Roche*) nonché il Tribunale di primo grado (sentenza *Aéroports de Paris*) che, con riferimento all'abuso di posizione dominante, hanno definito la nozione di esercizio abusivo di un diritto senza prendere in considerazione l'elemento soggettivo. Difatti, l'abuso prescinde dall'intenzionalità o dall'eventuale colpa o dolo, fondandosi solo su elementi obiettivi. In tema di libertà di stabilimento (sentenza *Centros*) e di libera circolazione dei lavoratori (sentenza *Lair*), i Giudici europei hanno sottolineato che per ricostruire il comportamento abusivo di un soggetto è necessario basarsi sugli elementi obiettivi in quanto solo su questi ultimi è possibile stabilire con sicurezza quando una posizione giuridica europea sia stata esercitata in violazione ai limiti a questa sottesi.

caratterizzato l'azione posta in essere poiché in assenza di ciò difficilmente si potrà ritenere integrata un'ipotesi di abuso³¹⁰. L'importanza del ruolo ricoperto dalla dimensione subiettiva per lo studio della fattispecie in oggetto è stata sottolineata anche dalla stessa Commissione Europea. Con la comunicazione avente ad oggetto la corretta interpretazione della libera prestazione dei servizi nel settore assicurativo³¹¹, si è precisato come l'impiego distorto di una libertà fondamentale non possa

³¹⁰ In tal senso, cfr., *ex multis*, le sentenze *Van Binsbergen*, *Veronica e TV10*, op. cit., nelle quali la Corte di Giustizia, nel sostenere che le libertà fondamentali non possono essere utilizzate allo scopo di sottrarsi alle norme nazionali la cui osservanza sarebbe obbligatoria qualora il soggetto interessato non agisca in violazione della richiamate posizioni giuridiche, postula l'esigenza di indagare anche l'elemento subiettivo. Difatti, l'utilizzo improprio di un diritto non potrebbe estrinsecarsi senza una chiara volontà di agire in tale direzione.

³¹¹ Cfr. Comunicazione interpretativa (2000/C 43/03) della Commissione sulla «Libera prestazione dei servizi e interesse generale nel settore delle assicurazioni», in GUCE C 43/5 del 16 febbraio 2000, che sulla tematica in oggetto stabilisce, al punto 2, par. 3, che «La Commissione ritiene che non si possa considerare come “utilizzo abusivo” ... la situazione in cui un'impresa di assicurazione sia frequentemente sollecitata, sul proprio territorio - ad esempio tramite mezzi di comunicazione elettronici - da consumatori che risiedono in un altro Stato membro, a meno che non sia stabilita l'intenzionalità del prestatore di servizi di mettere in atto un abuso».

ritenersi integrato qualora non venga provata la volontà di mettere in atto un vero e proprio abuso del diritto europeo.

Alla luce di ciò e sulla scorta di peculiari disposizioni normative³¹², è stata riconosciuta l'ineffettività

³¹² In tal senso cfr. art. 54 della Carta di Nizza: «nessuna disposizione della presente carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o di compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla Carta»; cfr. il considerando n. 14 della direttiva 97/36 trasfuso nel considerando n. 43 della direttiva 2010/13/UE avente ad oggetto la disciplina della televisione transfrontaliera a mente dei quali «Stato membro conserva la facoltà di prendere provvedimenti contro un ente televisivo che, pur avendo stabilito la propria sede in un altro Stato membro, dirige tutto o in parte la propria attività verso il territorio del primo Stato membro, laddove la scelta di stabilirsi nel secondo Stato membro sia stata compiuta al fine di sottrarsi alla legislazione che sarebbe stata applicata ove esso si fosse stabilito sul territorio del primo Stato membro»; cfr. art. 24-*bis* della Convenzione europea sulla televisione transfrontaliera del 2002, ai sensi del quale «quando il servizio di un programma di un'emittente è interamente o principalmente diretto verso un territorio di una Parte diversa, che ha giurisdizione sull'emittente televisiva (c.d. parte ospitante), e l'emittente si è qui stabilita al fine di eludere le leggi nelle materie disciplinate dalla Convenzione che avrebbe applicato qualora fosse ricaduto sotto la giurisdizione dell'altra Parte, questo costituisce abuso del diritto»; cfr. i considerando della direttiva 2006/48/CE in forza dei quali «i principi del mutuo riconoscimento e della vigilanza esercitata dallo Stato membro d'origine esigono che le autorità competenti di ogni Stato membro non concedano o revochino l'autorizzazione qualora elementi come il programma d'attività, l'ubicazione delle attività o le attività effettivamente svolte indichino in modo evidente che l'ente creditizio ha scelto il sistema giuridico di uno Stato membro al fine di sottrarsi ai criteri

dell'elemento soggettivo la cui sussistenza deve essere valutata in forza di elementi concreti. In particolare, la Corte, al fine di rendere meno aleatoria la valutazione del requisito dell'intenzionalità, ha ancorato l'accertamento dell'elemento soggettivo a dati di carattere oggettivo, valorizzando le circostanze di fatto che possono avere rilievo al fine di ricostruire l'intento di una persona. Partendo dall'assunto che l'esercizio abusivo di un diritto può ritenersi integrato qualora, sulla base di elementi precisi, obiettivi e concordanti risulti palese l'intenzione di ottenere un vantaggio in contrasto con la disposizione che ha autorizzato il soggetto ad agire³¹³, i Giudici europei hanno esplicitamente ammesso l'esigenza di indagare quella precisa volontà di beneficiare ingiustificatamente di quanto messo a disposizione da parte del diritto dell'Unione Europea, in stretta connessione con la dimensione oggettiva. La sentenza *Emsland - Stärke*³¹⁴ chiarisce come l'abuso si sostanzia nello sviamento dall'obiettivo perseguito dalla normativa, rilevabile da un

più rigidi in vigore in un altro Stato membro sul cui territorio svolge o intende svolgere la maggior parte delle proprie attività».

³¹³ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza *Paletta*, op cit.; sentenza *Spagna c. Consiglio*, op cit.

³¹⁴ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 11 ottobre 1977, op. cit.

insieme di circostanze, quali il danno procurato a terzi, l'interposizione di costruzioni artificiali, il beneficio conseguito in maniera indebita, dalle quali risulti, in ottemperanza delle condizioni previste dalla stessa, sia che l'obiettivo perseguito dalla stessa normativa non è stato raggiunto sia la volontà di ottenere un vantaggio derivante dalla normativa sovranazionale in oggetto. E tale orientamento che tende a ricavare il carattere intenzionale da elementi oggettivi si può trarre anche dalle conclusioni dell'avvocato generale Maduro nel caso *Halifax* in cui il noto giurista afferma che *«la conclusione di artificialità di alcuni eventi od operazioni non deve basarsi su una valutazione delle intenzioni soggettive di chi invoca il diritto comunitario, bensì risultare con certezza da una serie di circostanze oggettive verificate caso per caso»*³¹⁵.

³¹⁵ In tal senso cfr. Corte di Giustizia, sentenza 15 marzo 2007, causa C-171/06, *Leclerc au blé Vert* nella quale la Corte dichiara che una frode o un abuso può sussistere qualora «elementi oggettivi comprovino che i libri siano stati esportati al sol fine di reimportarli, nell'intento di eludere una legge come quella di cui trattasi nel caso di specie»

6. *Gli effetti della condotta abusiva.*

In merito alle conseguenze derivanti dalla condotta abusiva del singolo, è emersa la necessità di prevenire nonché di rimuovere i vantaggi ottenuti in maniera indebita mediante tale comportamento. Lo scopo è di garantire una corretta applicazione della normativa di riferimento secondo gli scopi e gli obiettivi della medesima, nonché di tutelare l'ordinamento nel suo insieme da azioni in grado di incrinare la coerenza su cui questo si fonda.

Tale questione assume una propria connotazione a seconda che il contrasto a tali fenomeni avvenga *ex ante* o *ex post*, ossia se le misure adottate abbiano la finalità di prevenire o di annullare gli effetti dell'esercizio improprio di una posizione giuridica soggettiva.

Con riferimento alle misure di natura preventiva, è possibile notare la tensione, o meglio dire, la preoccupazione del legislatore europeo nel creare un sistema normativo idoneo a contrastare, a seconda del tipo di settore, eventuali fenomeni di abuso del diritto, inteso sia nel senso di esercizio improprio del diritto europeo in danno al sistema statale che in danno allo stesso diritto

UE³¹⁶. *In primis*, non è possibile trascurare quei riferimenti normativi che postulano il potere degli Stati membri di adottare misure volte a prevenire la fruizione di vantaggi derivanti dall'impiego abusivo di norme UE. In particolare, si consideri quanto previsto nel settore bancario e creditizio, dalle direttive nn. 2000/12/ e 2006/48 che, proprio con riferimento ai provvedimenti nazionali a carattere preventivo, stabiliscono come «*i principi del*

³¹⁶ In tal senso, cfr. le modifiche apportate alla regolamentazione della cd. televisione transfrontaliera con la direttiva 97/36/CE che, stabilendo, in maniera perentoria, quando un'emittente radiotelevisiva possa considerarsi localizzata nel territorio di uno Stato, ha creato un impianto normativo idoneo ad arginare possibili fenomeni di esercizio improprio del diritto UE in danno al sistema giuridico statale. In tale direzione, cfr. i regolamenti nn. 883/2004 e 988/2009 che, con riferimento al settore della circolazione dei lavoratori distaccati, hanno previsto l'applicazione della regola dello "Stato di occupazione" in deroga a quella dello "Stato di invio", al fine di prevenire effetti negativi derivanti dalla sovrapposizione di più sistemi previdenziali e, dunque, possibili fenomeni di esercizio improprio del diritto europeo. Altro significativo esempio è rappresentato dalla direttiva 93/13/CEE relativa alle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. Tale provvedimento è particolarmente significativo in quanto, stabilendo quando una clausola possa ritenersi abusiva, indica la via da seguire per evitare che eventuali negozi giuridici stipulati tra le parti risultano illegittimi, ossia abusivi. A tal proposito, si consideri la direttiva 1999/70/CE avente ad oggetto l'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, che enuclea una serie di disposizioni volte impedire fattispecie abusive scaturenti dalla successione di contratti nei rapporti di lavoro a scadenza predefinita.

mutuo rinascimento e della vigilanza esercitata dallo Stato membro d'origine esigono che le autorità competenti di ogni Stato membro non concedano o revochino l'autorizzazione qualora elementi come il programma d'attività, l'ubicazione delle attività o le attività effettivamente svolte indichino in modo evidente che l'ente creditizio ha scelto il sistema giuridico di uno Stato membro al fine di sottrarsi ai criteri più rigidi in vigore in un altro Stato membro sul cui territorio svolge o intende svolgere la maggior parte delle proprie attività». Quanto detto, trova immediata conferma anche nella regolamentazione contenuta nella Sesta direttiva Iva in cui è contemplata una procedura rafforzata proprio per permettere agli Stati di introdurre nei rispettivi sistemi tributari puntuali misure interne volte a prevenire fenomeni di abuso del diritto in termini di evasione fiscale. Anche la Corte di Giustizia³¹⁷ si è espressa in tal senso. Chiamata a valutare la conformità di tali disposizioni interne al diritto europeo, ha avvallato i provvedimenti nazionali ponendo una serie di condizioni imprescindibili

³¹⁷ Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia, sentenza *Kraus*, op. cit.; sentenza *Centros*, op. cit.; sentenza *Daily Mail*, op. cit.; sentenza *Lair*, op. cit.; sentenza *Commissione c. Belgio*, op. cit.

per la loro applicazione. Nel solco dei principi di proporzionalità ed adeguatezza, le misure interne devono risultare idonee ad evitare l'impiego abusivo del diritto UE, non potendo, allo stesso tempo, restringere il legittimo esercizio di quanto offerto dal diritto dell'Unione. Su tutti il caso *Cadbury Schweppes* ben chiarisce, al paragrafo 55 della sentenza, tale modo di procedere: *«perché 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 artificiali, prive di affettività economica e finalizzate ad eludere una normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale»*. Preme sottolineare come la legittimità delle misure nazionali sarà ritenuta integrata solo se la normativa nazionale non ecceda quanto necessario per assicurare l'obiettivo perseguito. E difatti, affinché la normativa nazionale sia ammissibile è necessario che essa persegua un interesse ritenuto meritevole di tutela – come il contrasto all'evasione fiscale ovvero il pluralismo dei media, come indicato nella sentenza *TV10* – e che essa ponga all'applicazione del diritto dell'Unione le

limitazioni strettamente necessarie per perseguire tale obiettivo.

Di estremo interesse si presenta la questione concernente il contrasto *ex post* dei comportamenti abusivi. Nel riconoscere ai giudici nazionali il potere di contrastare l'esercizio improprio di una posizione giuridica, la Corte attribuisce agli organi giurisdizionali statali il compito di preservare la coerenza sistematica che caratterizza il diritto europeo. Nel momento in cui un soggetto, sfruttando impropriamente i principi generali o le libertà fondamentali UE, pone in essere un'azione volta ad ottenere un beneficio indebito, i giudici nazionali possono (e devono!) impedire la realizzazione degli effetti scaturenti dalla situazione giuridica esercitata abusivamente. È compito del giudice sanzionare in maniera adeguata e proporzionata tale comportamento, il cui potere potrà estrinsecarsi o nel sancire la nullità dell'operazione realizzata³¹⁸ o nel disconoscimento dei

³¹⁸ Tale conseguenza è quella contemplata nella direttiva 93/13/CEE relativa alle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. Nel momento in cui si riesca a provare la natura abusiva di una clausola, il giudice ha il potere di dichiarare nulla la postilla e, dunque, di ripristinare lo *status quo ante* in modo da tutelare la posizione giuridica della parte debole.

vantaggi raggiunti³¹⁹ oppure nel prevedere un obbligo di restituzione di quanto impropriamente ottenuto³²⁰. Occorre però rilevare che la Corte ha previsto dei limiti entro cui il giudice nazionale può operare. Difatti, quest'ultimo può qualificare il comportamento come abusivo solo in presenza di indizi gravi e sufficienti e ciò comporta inevitabilmente un'interpretazione adeguatrice della normativa interna laddove questa non preveda presupposti applicativi conformi a quelli *supra* riferiti. Inoltre, nel constatare un abuso, dovrà tener presente gli obiettivi ultimi che informano le disposizioni europee impropriamente utilizzate al fine di valutare la corrispondenza tra quanto effettivamente realizzato e quanto normativamente concesso. E ciò poiché l'attività

³¹⁹ In tal senso, cfr. Corte di Giustizia, sentenza *Lair*, op. cit.; sentenza *Van Binsbergen*, op. cit.; sentenza *TV10*, op. cit.; sentenza *Ninni – Orasche*, op. cit.; sentenza *Rottman*, op. cit.; sentenza *Halifax*, op. cit.; sentenza *Part Service*, op. cit.

³²⁰ Il concetto di restituzione è legato a tutte quelle fattispecie il cui beneficio si concretizza o in risparmio d'imposta non dovuto o nel mancato pagamento di somme dovute a titolo di dazio. A tal proposito si cfr. il punto 93 della sentenza *Halifax*, ripreso nella sentenza *Emsland- Stärke*, al punto 56: «la constatazione dell'esistenza di un comportamento abusivo non deve condurre a una sanzione, per la quale sarebbe necessario un fondamento normativo chiaro e univoco, bensì e semplicemente ad un obbligo di rimborso».

del giudice dovrà essere tesa alla realizzazione di un preciso bilanciamento tra l'esigenza di garantire la corretta applicazione del diritto dell'Unione e quella di reprimere i comportamenti abusivi che risultano essere una minaccia concreta all'applicazione uniforme del diritto europeo e alla sua piena efficacia³²¹.

7. L'onere della prova e la condotta abusiva.

La tematica dell'abuso del diritto UE estrinseca i suoi effetti anche con riferimento alle modalità di accertamento dell'esercizio improprio di una posizione giuridica. Tanto la Corte di Giustizia quanto la Commissione Europea³²² hanno sostenuto che l'abuso del diritto contempla, *inter alia*³²³, un elemento procedurale che si sostanzia

³²¹ In tal senso cfr. ADINOLFI, *La nozione di «abuso di diritto» nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Riv. Dir. Int.*, 2012, p. 329 ss.

³²² In tal senso, cfr. Corte di Giustizia, sentenza *Emsland- Stärke*, op. cit.

³²³ L'abuso del diritto, oltre ad un requisito procedurale, prevede i) «un elemento oggettivo, vale a dire la prova che le condizioni per la concessione di una prestazione sono state create artificialmente, cioè che l'operazione commerciale non è stata conclusa per uno scopo economico, bensì esclusivamente per l'ottenimento delle sovvenzioni che accompagnano questa operazione; ii) un elemento soggettivo, ovvero il fatto che

nell'obbligo di provare il comportamento considerato illegittimo. Obbligo questo che incombe in capo a chi risulta inciso da tale condotta, dunque, non solo i soggetti privati ma anche e soprattutto gli Stati membri per mezzo delle rispettive articolazioni amministrative.

A tal proposito, è opportuno sottolineare che tale questione deve essere valutata alla luce del principio dell'autonomia procedurale che caratterizza gli Stati membri³²⁴ a mente del quale le autorità nazionali hanno l'obbligo di garantire la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto europeo, nell'ambito delle rispettive competenze. In mancanza di una disciplina comune in materia spetta, dunque, all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato non solo

l'operazione commerciale in questione è stata compiuta fondamentalmente per ottenere un vantaggio finanziario in contrasto con lo scopo della normativa europea». In tal senso, si cfr. Corte di Giustizia, sentenza *Emsland- Stärke*, op. cit.

³²⁴ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 16 dicembre 1976, causa C-33/76, *Rewe*; sentenza 16 dicembre 1976, causa C-45/76, *Comet*; sentenza 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Simmenthal*; sentenza 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame*; sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*; sentenza 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet*. Cfr. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione Europea: «Paradise Lost?»*, Torino, 2009; VITALE, *Il principio dell'autonomia procedurale in due recenti sentenze della Corte di giustizia: i casi Olimpiclub e Asturcom*, in *Dir. un. eur.*, 2010, p. 727 ss.

designare i giudici competenti ma soprattutto stabilire le modalità procedurali³²⁵ affinché la tutela delle posizioni di origine europea risulti garantita³²⁶.

Alla luce di ciò, l'accertamento di un'operazione abusiva del diritto europeo incombe su chi ritiene di subire gli effetti di tale condotta, dovendo fornire puntuale prova innanzi agli organi giurisdizionali statali dell'utilizzo improprio di un diritto o di una libertà la cui conseguenza è stata l'indebita fruizione di un ingiustificato beneficio; e i giudici nazionali, nel solco del principio di proporzionalità e di non discriminazione, dovranno applicare tutte le garanzie previste per l'accertamento della violazione delle disposizioni di natura prettamente

³²⁵ Le norme procedurali nazionali non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (cd. principio di equivalenza), né essere strutturate in modo da rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico europeo o, più in generale, l'applicazione dello stesso (cd. principio di effettività. Cfr. Corte di Giustizia, sentenza *Olimpiclub*, op. cit.; sentenza *Kapferer*, op. cit.; sentenza 21 settembre 1983, cause riunite da C-205/82 a C-215/82, *Deutsche Milchkontor e a.*; sentenza 15 maggio 1986, causa C-222/84, *Johnston*; sentenza 8 febbraio 1996, causa C-212/94, *FMC e a.*; sentenza 15 giugno 2000, cause riunite C-418/97 e C-419/97, *ARCO Chemie Nederland e a., Race*).

³²⁶ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage e Crehan*; sentenza 11 settembre 2003, causa C-13/01, *Safalero*.

nazionale. Tale verifica non potrà adagiarsi su presunzione assoluta: il riscontro dell'esercizio abusivo di una posizione giuridica dovrà fondarsi su elementi obiettivi e concreti. In particolare, si dovrà dimostrare, da un lato, la sussistenza di tutte quelle circostanze oggettive dalle quali risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa europea, l'obiettivo perseguito dalla suddetta norma è stato raggiunto impropriamente; dall'altro, la volontà di ottenere un vantaggio derivante dalla normativa UE attraverso o la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento o la sottrazione alla disciplina nazionale in virtù di quel diritto di scelta contemplato a livello europeo³²⁷.

Ciò detto, merita una breve riflessione quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Emsland - Stärke* in merito all'onere della prova. Partendo dall'assunto che spetta al giudice del rinvio verificare, sulla base di quanto dimostrato da chi agisce in qualità di legittimato attivo e in conformità alle norme nazionali, la sussistenza di una fattispecie abusiva, i Supremi Giudici europei affermano come «*nei casi più gravi di abuso sarebbe possibile anche*

³²⁷ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 11 gennaio 2007, causa C-279/05, *Vonk Dairy Products BV*.

un principio di prova il quale porti eventualmente ad un'inversione dell'onere della prova». Tale inciso sembra postulare, dunque, un'inversione probatoria in capo al singolo operatore che si è avvalso impropriamente del diritto e, allo stesso tempo, la possibilità per la controparte di utilizzare presunzioni assolute nei casi in cui l'abuso del diritto risulti di estrema rilevanza per il diritto dell'Unione. A tal proposito, preme sottolineare che quanto sostenuto dal Collegio europeo sia, in verità, un'infelice affermazione che si pone in netto contrasto rispetto all'orientamento dominante enucleato dalla stessa Corte di Giustizia secondo cui l'accertamento dell'abuso del diritto dell'Unione implica una valutazione caso per caso, ossia richiede un'attenta composizione degli interessi in gioco. È infatti labile il confine tra un comportamento che tende a sfruttare legittimamente i vantaggi offerti dal diritto UE anche attraverso la concorrenza tra le diverse normative vigenti negli ordinamenti degli Stati membri e quello posto in essere al fine di godere impropriamente di un beneficio attraverso un uso strumentale di norme dell'Unione³²⁸.

³²⁸ In tal senso cfr. GULLO, *L'abuso del diritto nell'ordinamento comunitario: un (timido) limite alla scelta del diritto*, in *Ragion pratica*, 2005, p. 180 ss.

Proprio per questo motivo, a detta di chi scrive, non è possibile subordinare l'inversione dell'onere della prova e, dunque, l'impiego di presunzioni assolute a nessuna possibile circostanza di abuso del diritto, neanche a quelle asseritamente considerate più gravi. E questo in quanto, senza l'esatta individuazione di uno strumento interpretativo idoneo a valutare la maggiore o minore gravità di un'azione posta in essere, il richiamo all'abuso del diritto potrebbe essere utilizzato in modo pretestuoso. Tutte le ipotesi di abuso devono essere considerate di ugual rilevanza negativa poiché ciò che è in gioco è la coerenza del sistema europeo inteso come ordinamento di ordinamenti, coerenza che viene continuamente minacciata nel momento in cui si tenta di utilizzare un diritto legittimamente attribuito per raggiungere obiettivi in contrasto il diritto stesso. Orbene, l'affermazione secondo cui i casi più gravi di abuso postulano la sussistenza e l'utilizzo di presunzioni assolute non può essere condivisa anche perché, in assenza di puntuali spiegazioni ed essendo un'asserzione sporadica che non è stata più riproposta dall'organo giurisdizionale europeo, risulta priva di portata pratica.

8. *L'abuso del diritto e gli altri interessi in gioco:
l'autonomia privata.*

La libertà dei singoli, siano essi persone fisiche o giuridiche, nella scelta delle modalità più adeguate per realizzare la propria attività è imprescindibilmente collegata a quel concetto di autonomia privata tutelata sia a livello nazionale che europeo. In particolare, la facoltà di agire, avvalendosi di quanto messo legittimamente a disposizione dall'ordinamento in cui si opera, costituisce una declinazione della più generale libertà di iniziativa economica, intesa quale comportamento volontario volto alla realizzazione degli interessi del soggetto che agisce³²⁹. Allo stesso tempo tale autonomia di scelta è subordinata alle legittime possibilità contemplate dal sistema giuridico di riferimento, non potendo ammettere tutte quelle azioni che non risultano coerenti con le finalità che permeano tale

³²⁹ Quanto detto trova diretta conferma nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Maduro che, con riferimento al caso *Halifax*, rileva il rapporto che sussiste tra libertà di scelta e libera iniziativa economica. In particolare, «il pagamento delle imposte è certamente un costo di cui un operatore può legittimamente tener conto allorché sceglie tra i vari modi di condurre un affare, sempre che soddisfi gli obblighi impostigli dalla legge. Si può dubitare forse della moralità di questa libertà, ma certo non della sua legittimità»

ordinamento. Proprio in questo senso, allora, può essere valutato l'abuso del diritto e il divieto ad esso correlato. Quando si sostiene l'impossibilità di utilizzare abusivamente il diritto UE, si vuole definire indirettamente la gamma di scelte che l'ordinamento europeo reputa compatibili con gli obiettivi a cui questo tende³³⁰, nel rispetto dei principi di certezza del diritto e del legittimo affidamento dei singoli.

In forza di ciò, il divieto sotteso all'esercizio abusivo del diritto europeo deve essere interpretato in modo da non pregiudicare i comportamenti o le operazioni legittime. La portata di tale proibizione risulta chiara: il diritto invocato da un soggetto è escluso quando l'attività posta in essere non ha altra spiegazione che quella di raggiungere impropriamente un beneficio che collide con gli scopi e con i risultati ammessi e tutelati dalle disposizioni di una determinata branca del diritto. Operazioni così siffatte non meritano di essere protette poiché si manifestano nella loro tensione di sovvertire la finalità dello stesso sistema legale in cui si collocano.

³³⁰ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 6 aprile 1995, causa C-4/94, *BLP Group*.

Il divieto di abuso del diritto costituisce, dunque, una limitazione alla libertà di iniziativa dei singoli che opera quando l'esercizio di un diritto si concretizza in una fattispecie che, sebbene rispetti le condizioni normativamente poste per l'applicazione della disciplina positiva, si pone in contrasto con gli obiettivi da essa perseguiti e, al contempo, è priva di valide motivazioni idonee a giustificarla.

L'autonomia privata, che ricomprende la libertà di scelta delle forme giuridiche attraverso cui realizzare i propri obiettivi, non costituisce, quindi, un dogma assoluto. Nel mercato interno questa non può essere considerata un valore intangibile in quanto trova fondamento e limite nei valori e nei principi che permeano l'ordinamento europeo. Alla luce di ciò, è possibile cogliere il precario equilibrio che caratterizza l'autonomia privata in seno all'Unione. La tutela di questa libertà non contempla quelle azioni il cui scopo è rappresentato dal raggiungimento di un vantaggio mediante comportamenti artificiosi e/o ingannevoli, privi di adeguate motivazioni che possano legittimare tali condotte; per contro, ove tale autonomia e, dunque, la sottesa libertà di iniziativa non fossero adeguatamente garantite, verrebbero compromessi gli stessi obiettivi a cui

tende il sistema giuridico europeo, ossia la realizzazione e il consolidamento di uno spazio senza frontiere in cui la libertà di scelta e l'equivalenza tra gli ordinamenti giuridici ne costituiscono l'essenza. Ecco, quindi, la necessità di interpretare le azioni poste in essere alla luce dello scopo ultimo cui tendono in quanto solo così è possibile da un lato accertare la natura abusiva delle condotte e dall'altro lasciare impregiudicati i comportamenti legittimi frutto di quella libertà di scelta posta a fondamento dell'autonomia privata e dello stesso ordinamento europeo.

8.1 L'abuso del diritto e gli altri interessi in gioco: proporzionalità, effettività, uniforme applicazione del diritto UE.

A più riprese la Corte di Giustizia ha subordinato la legittimità delle disposizioni nazionali anti-abuso a due requisiti fondamentali: l'efficacia e la proporzionalità delle stesse. Le misure interne, oltre a risultare idonee a combattere le condotte abusive, devono essere improntate al principio di proporzionalità, ossia non possono eccedere quanto necessario per il conseguimento del richiamato

scopo. Inoltre devono assicurare che l'accertamento della natura abusiva di un'azione - verifica che deve essere condotta caso per caso - sia sottoposto al vaglio di un soggetto terzo, *i.e.* il giudice nazionale.

Tutto ciò premesso, la categoria dell'abuso del diritto e il relativo divieto tendono ad intersecarsi con i principi di effettività e di uniforme applicazione del diritto europeo, ai quali si ricollega quello di proporzionalità³³¹, nel momento in cui si focalizza l'attenzione sulle misure nazionali anti-abuso la cui attuazione deve avvenire secondo le indicazioni fornite, settore per settore, dalla Corte di Giustizia. E proprio in merito al rapporto esistente tra i principi in questione e il suddetto divieto è necessario prendere in considerazione l'orientamento che il Supremo Collegio europeo ha manifestato nella triade delle cd. sentenze greche in merito all'applicazione della normativa

³³¹ In Dottrina è stata sostenuto come le esigenze di certezza del diritto, con le quali le tecniche repressive dei comportamenti *lato sensu* fraudolenti devono sempre trovare un punto di equilibrio, risultino rafforzate dall'operare dei principi del primato e della uniforme applicazione del diritto comunitario/europeo. In tal senso cfr. BROWN, *Is There a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law?*, in CURTIN, HEUKELS (eds.), *Institutional Dynamics of European Integration: Essays in Honor of Henry G. Schermers*, Nijhoff, 1994; GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, op. cit.;

ellenica concernente la procedura di amministrazione straordinaria delle imprese in crisi economica. Nelle richiamate decisioni si è posta al Giudice europeo la questione se la disposizione nazionale che cristallizzava il divieto di abuso del diritto avesse l'effetto ultimo di disapplicare la normativa europea oggetto di utilizzo abusivo da parte di alcuni operatori economici. La Corte, sostenendo inizialmente la preminenza dei principi di effettività e di uniforme applicazione del diritto UE sulle norme nazionali in materia di abuso del diritto, è passata a verificare la compatibilità con i richiamati principi delle disposizioni interne anti-abuso, attribuendo al giudice nazionale tale delicato compito sulla base di specifici parametri interpretativi. Preme sottolineare come dall'*iter* logico – giuridico sotteso alle richiamate sentenze, la Corte sembra elevare il divieto di abuso del diritto europeo a categoria generale su cui l'ordinamento UE si adagia. Inteso quale espressione del principio di proporzionalità, questo risulta lo strumento per valutare quella particolare azione che, in contrasto con il fine ultimo della norma europea a cui si ancora, lede la coerenza sistematica dell'ordinamento europeo, *ergo* viola i principi di

effettività e di uniforme applicazione attorno ai quali quest'ultimo ruota.

La Corte di Giustizia, con la sentenza *Pafitis*³³², evidenzia come una norma nazionale anti-abuso, quale clausola generale di sistema posta a tutela della coerenza del proprio ordinamento e dunque tesa a sancire l'illeceità degli atti abusivi - *i.e.* quelle condotte che eccedono manifestamente i limiti imposti dalla norma di riferimento ovvero quelli imposti dalla buona fede, dal buon costume, nonché dalla finalità sociale o economica di tale diritto - non pregiudica l'applicazione uniforme e l'efficacia delle norme europee negli ordinamenti dei singoli Stati membri³³³. Secondo i Supremi Giudici europei, quando si

³³² Corte di Giustizia, sentenza 12 marzo 1996, causa C-441/93.

³³³ In tal senso cfr. punti 67 e 68 della sentenza *supra* citata, a mente dei quali: «Dalla decisione di rinvio risulta che le convenute e gli intervenienti nella causa principale hanno sollevato, dinanzi al giudice nazionale, un argomento basato sull'art. 281 del codice civile ellenico, in base al quale "l'esercizio di un diritto è vietato, se eccede manifestamente i limiti imposti dalla buona fede o dal buon costume o dalla finalità sociale o economica di tale diritto". Il giudice nazionale sottolinea che l'applicazione di questa disposizione consente di opporsi a diritti derivanti dal diritto comunitario, qualora, in un caso determinato, questi diritti vengano esercitati in maniera abusiva. Non è necessario, in mancanza di una questione del giudice nazionale al riguardo, accertare se sia consentito, nell'ambito dell'ordinamento giuridico comunitario, applicare una norma nazionale per valutare se un diritto conferito

concretizza un esercizio abusivo di diritti, il cui fondamento è da rintracciare nelle disposizioni europee, l'effettiva tutela deve essere garantita solo a livello UE³³⁴, in quanto si tratta di situazioni giuridiche di matrice europea e non nazionale.

Con la decisione adottata nel caso *Kefelas*³³⁵, la Corte, se da un lato riconosce la piena compatibilità con il diritto UE di una norma interna tesa ad evitare l'esercizio abusivo di una posizione giuridica sovranazionale, dall'altro

dalle disposizioni comunitarie di cui trattasi sia esercitato in maniera abusiva, ma è pacifico che l'applicazione di una tale norma non potrebbe comunque pregiudicare la piena efficacia e l'applicazione uniforme delle disposizioni comunitarie negli Stati membri».

³³⁴ Cfr. punti 69 e 70: «Occorre ricordare al riguardo che, secondo una giurisprudenza costante, spetta alla Corte, quando sono in gioco diritti fatti valere da un singolo sulla base di disposizioni comunitarie, verificare l'adeguatezza della tutela giurisdizionale prevista dagli ordinamenti giuridici nazionali. Nella fattispecie si pregiudicherebbe l'applicazione uniforme del diritto comunitario e la sua piena efficacia se si ritenesse che un azionista che si avvale dell'art. 25, n. 1, della seconda direttiva abusi del suo diritto per il solo fatto che è un azionista di minoranza di una società assoggettata ad una disciplina di risanamento o che avrebbe beneficiato del risanamento della società. Infatti, dato che l'art. 25, n. 1, si applica indistintamente a tutti gli azionisti e indipendentemente dall'esito di un'eventuale procedura di risanamento, il fatto di qualificare un ricorso basato sull'art. 25, n. 1, come abusivo per tali motivi verrebbe a modificare la portata di tale disposizione».

³³⁵ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 12 maggio 1998, op. cit.

sottolinea come l'applicazione di tale disposizione nazionale non possa assolutamente limitare i principi di piena efficacia e uniforme applicazione del diritto europeo. Gli organi giurisdizionali nazionali, sebbene possano applicare una norma di diritto nazionale per valutare se un diritto derivante da una disposizione comunitaria sia stato esercitato abusivamente, altresì, non possono modificare il contenuto di quest'ultima norma né, tantomeno, comprometterne il raggiungimento degli obiettivi a questa sottesi³³⁶.

Infine, nella sentenza *Diamatis*³³⁷, i Giudici europei, nel ribadire il rapporto che sussiste tra la competenza del giudice nazionale e quella della Corte di Giustizia nel

³³⁶ Cfr. punti 21 e 22 della sentenza: «Di conseguenza, non può considerarsi in contrasto con l'ordinamento giuridico comunitario il fatto che i giudici nazionali applichino una norma nazionale, quale l'art. 281 del codice civile ellenico, per valutare se un diritto derivante da una disposizione comunitaria sia esercitato in maniera abusiva. Pur non potendo la Corte sostituire la propria valutazione a quella dei giudici nazionali per accertare i fatti della controversia di cui essi sono investiti, va tuttavia ricordato che l'applicazione di una tale norma nazionale non può comunque pregiudicare la piena efficacia e l'applicazione uniforme delle disposizioni comunitarie negli Stati membri (v. sentenza *Pafitis e a.*, citata, punto 68). In particolare, i giudici nazionali non possono, nel valutare l'esercizio di un diritto derivante da una disposizione comunitaria, modificare il contenuto di detta disposizione né compromettere gli obiettivi da essa perseguiti».

³³⁷ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 23 marzo, 2000, op. cit.

giudizio di compatibilità tra una disposizione interna ed il diritto UE³³⁸, sostengono l'assoluta legittimità del divieto di abuso del diritto a livello europeo, essendo improntato ad un principio di proporzionalità: non avrebbe alcun effetto restrittivo sui valori assoluti di uniforme applicazione ed efficacia del diritto sovranazionale³³⁹. Anzi, proprio l'applicazione di tale "clausola", tesa ad eliminare gli effetti negativi che risulterebbero dalla distonia tra quanto effettivamente perseguito e l'obiettivo ultimo che permea la disposizione europea esercitata abusivamente, andrebbe a tutelare non solo l'ordinamento

³³⁸ Spetta al giudice del rinvio stabilire se, nella causa dinanzi ad esso pendente, l'applicazione della norma antiabuso (nel caso di specie l'art. 281 del codice greco) sia compatibile con la necessità di assicurare l'efficacia e l'uniforme applicazione delle disposizioni europee negli Stati membri; diversamente, la Corte deve fornire al giudice nazionale tutti gli elementi interpretativi utili ai fini della valutazione di tale compatibilità. In tal senso cfr. punto 35 della sentenza *Diamantis*.

³³⁹ Cfr. punto 43: «Nella specie, non sembra che l'applicazione uniforme del diritto comunitario e la sua piena efficacia risulterebbero pregiudicate ove si ritenesse che un azionista che si avvalga del disposto dell'art. 25, n. 1, della seconda direttiva abbia fatto esercizio abusivo del proprio diritto per aver scelto — tra i rimedi giuridici disponibili per ovviare ad una situazione determinata da una violazione della detta disposizione — quello produttivo di un danno talmente grave ai legittimi interessi altrui da risultare manifestamente sproporzionato. Infatti, una valutazione di tal genere non altererebbe la *ratio* della detta disposizione e non ne pregiudicherebbe le finalità».

nazionale in cui l'azione in questione è posta in essere ma anche e soprattutto il diritto europeo. Difatti, valutare l'esercizio di un diritto UE alla luce di una disposizione nazionale sulla base di specifici parametri sanciti dalla Corte di Giustizia, non risulterebbe lesiva della *ratio* della norma su cui si fonda l'utilizzazione della posizione giuridica sovranazionale; in realtà, costituirebbe una clausola di salvaguardia dall'esercizio abusivo del diritto dell'Unione.

Così come emerge dalla ricostruzione operata dalla Corte, il suddetto monito, nel contrastare tutte quelle azioni caratterizzate dalla divergenza tra quanto realizzato e ciò che è normativamente ammesso, presuppone un giudizio di proporzionalità in forza del quale poter tutelare, in ultima istanza, il diritto europeo. Solo in tal modo è possibile valutare l'esistenza o meno di quel requisito imprescindibile in presenza del quale ritenere integrata una situazione di abuso del diritto UE: l'alterazione del fattore causale e, dunque, la non conformità del beneficio ottenuto rispetto alla *ratio* della disposizione sovranazionale³⁴⁰.

³⁴⁰ La richiamata interpretazione del divieto dell'abuso del diritto UE richiama la valutazione sottesa al principio generale di proporzionalità (comma 4 dell'art. 5 TUE si sensi del quale «in

8.2 *L'abuso del diritto e gli altri interessi in gioco: certezza del diritto e legittimo affidamento.*

Un'ultima riflessione merita la relazione che intercorre tra il divieto di abuso e i principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento.

Come noto, in forza di tali valori, le disposizioni europee devono essere caratterizzate da un contenuto normativo ben preciso in modo tale che la relativa applicazione risulti prevedibile ai soggetti interessati. Tale obbligo di certezza giuridica risponde alla necessità di garantire ai singoli un adeguato grado di conoscibilità degli obblighi cui sono assoggettati, così da individuare l'azione più opportuna da realizzare in relazione agli obiettivi da raggiungere.

virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati») nella sua veste di canone fondamentale sulla base del quale si fonda l'esercizio delle competenze tra Unione e Stati membri. In tal senso cfr. ANAGNOSTOUPOLOU, *Do Francovich and the principle of proportionality weaken Simmenthal (II) and confirm the abuse of rights?*, op cit.

Preme sottolineare come il divieto di abuso del diritto, se correttamente applicato, risulti essere uno strumento volto a rafforzare la certezza del diritto UE. Posto che un'applicazione delle norme in completa divergenza con le finalità da esse perseguite genera situazioni di abuso del diritto che, *de facto*, minacciano le “fondamenta” del sistema giuridico, il richiamato monito rappresenta un valido strumento per tutelare l'ordinamento nella sua interezza. Allo stesso tempo, però, è importante sottolineare l'accortezza con cui si dovrà utilizzare tale dispositivo giuridico. Nel tenere bene a mente gli obiettivi della normativa oggetto di esercizio abusivo, l'interprete dovrà garantire il giusto temperamento con i principi generali che si pongono a fondamento dell'ordinamento in cui si concretizza l'esercizio improprio di un diritto³⁴¹.

³⁴¹ Ciò è quanto emerge dalle conclusioni (punto 77) dell'Avvocato generale Maduro relative al caso *Halifax*, che, sebbene prendano in esame il settore normativo del diritto tributario, posso essere estese a tutto l'ordinamento giuridico: «Vero è che il diritto tributario è spesso dominato da legittime preoccupazioni connesse alla certezza del diritto, derivanti in particolare dalla necessità di garantire la prevedibilità degli oneri finanziari a carico dei soggetti passivi e dal principio della riserva di legge in materia tributaria. Tuttavia, già da un raffronto tra le legislazioni degli Stati membri si capisce che tali preoccupazioni non escludono il ricorso a certe disposizioni generali a ad indeterminate nozioni di diritto tributario per prevenire l'illegittima evasione fiscale. La certezza del diritto

Il legame che caratterizza i valori in gioco è stato preso in esame nella sentenza *Kofoed*³⁴². Nel caso di specie, la Corte di Giustizia veniva interpellata sulla legittimità di misure nazionali adottate dall'amministrazione precedente per contrastare pratiche abusive sebbene il legislatore statale non avesse trasposto la direttiva 90/434/CE, in materia di operazioni straordinarie, che, all'art. 11, n. 1, lett. a) contempla il diritto per gli Stati membri di revocare i benefici intrinseci alle operazioni contemplate dall'atto europeo, qualora risulti che queste ultime siano state realizzate solo per realizzare un indebito risparmio di imposta, *i.e.* un abuso del diritto. Partendo dall'assunto che nel caso *de quo* era possibile rinvenire gli estremi di una condotta abusiva, la Corte, pur ritenendo sussistente la facoltà dello Stato interessato di applicare il principio cristallizzato nella lettera dell'art. 11³⁴³, nega

deve essere bilanciata con altri valori del sistema giuridico. La legislazione fiscale non può diventare una sorta di “selvaggio west” giuridico dove in teoria qualunque comportamento opportunistico deve essere tollerato finché non risponde ad un'interpretazione rigidamente formalistica delle disposizioni fiscali considerate e il legislatore non ha adottato espressamente apposite misure di prevenzione».

³⁴² Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 5 luglio 2007, op. cit.

³⁴³ Come la Corte di Giustizia ha sottolineato con forza, «l'art. 11, n. 1, lett. a), della direttiva 90/434 riflette il principio generale di

l'applicazione di tale norma in mancanza di una sua puntuale trasposizione. I Giudici europei, al fine di contemperare i valori della certezza del diritto e del legittimo affidamento con il principio di efficacia diretta del diritto europeo, evidenziano come le direttive non possono creare, di per sé stesse, obblighi in capo ai singoli né, tantomeno, possono essere fatte valere, in quanto tali, dallo Stato membro contro singoli³⁴⁴. Se le autorità di uno Stato, quando applicano il diritto nazionale, sono comunque tenute ad interpretarlo alla luce della lettera e dello scopo del diritto europeo, tale obbligo di interpretazione conforme non può giungere sino al punto che una direttiva, indipendentemente da una legge

diritto comunitario secondo il quale l'abuso del diritto è vietato. I singoli non possono avvalersi fraudolentemente o abusivamente delle norme di diritto comunitario. L'applicazione di queste ultime non può essere estesa sino a comprendere pratiche abusive, ossia operazioni effettuate non nell'ambito di normali transazioni commerciali, ma unicamente allo scopo di beneficiare abusivamente dei vantaggi previsti dal diritto comunitario». In tal senso cfr. Corte di Giustizia, sentenza *Centros*, op. cit.; sentenza *Halifax e a.*, op. cit.; sentenza *Agip Petroli*, op. cit.; sentenza *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas*, op. cit.

³⁴⁴ Si cfr. Corte di Giustizia, sentenza 11 giugno 1987, causa C-14/86, *Pretore di Salò/X*, punti 19 e 20; sentenza 8 ottobre 1987, causa C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, punti 9 e 13; sentenza 26 settembre 1996, causa C-168/95, *Arcaro*, punti 36 e 37; sentenza 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*, punti 73 e 74.

nazionale di trasposizione, crei obblighi per i singoli ovvero determini o aggravi la responsabilità penale di coloro che trasgrediscono le sue disposizioni. Tuttavia, lo Stato può opporre un'interpretazione conforme della legge nei confronti di singoli, qualora nell'ordinamento nazionale di riferimento sussista una disposizione o un principio su cui ancorare il suddetto divieto di abusare del diritto europeo oppure altre disposizioni volte a contrastare tutte quelle circostanze di frode o illecita sottrazione di imposta, disposizioni che possono essere interpretate in conformità a quanto previsto dalla direttiva stessa. Alla luce di ciò, secondo quanto enucleato dalla Corte, non si verificherebbe alcun tipo di lesione della certezza del diritto poiché la richiamata interpretazione nonché applicazione della direttiva sarebbe tale da garantire il legittimo affidamento del singolo, ossia la consapevolezza degli effetti che potrebbero scaturire dalla propria azione in palese contrasto con la *ratio* dell'atto europeo.

Preme sottolineare come l'applicazione del divieto dell'abuso del diritto trovi un particolare "limite" nella tutela della certezza del diritto e del legittimo affidamento. La Corte, nel contemperare gli interessi in gioco, ha definito inadeguata una modifica normativa, adottata in

forza della disciplina europea, volta ad escludere un diritto legittimamente acquisito da un operatore economico quando, a seguito della suddetta novella legislativa, il comportamento posto in essere integri un presunto utilizzo abusivo della richiamata posizione giuridica. Nella sentenza *Schloßstraße GbR*³⁴⁵, si sottolinea che i principi della tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto fanno parte dell'ordinamento giuridico europeo e, pertanto, essi devono essere rispettati tanto dalle istituzioni UE quanto dagli Stati membri nell'esercizio dei poteri che conferiscono loro gli atti europei. Sulla base di ciò, il Collegio europeo sottolinea che se un operatore acquisisce la possibilità di esercitare un diritto che gli garantisce un beneficio economico di assoluta rilevanza, tale situazione di vantaggio non può essere considerata frutto di un esercizio abusivo qualora, a seguito di una novella normativa, il suddetto esercizio non sia ammesso e, sulla base di quanto conferito a livello europeo, risulti abusivo. Secondo i Giudici europei, in forza dei principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento, non sussisterebbe alcun tipo di rischio di abusi che possa

³⁴⁵ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 8 giugno 2000, causa C-396/98.

giustificare una riqualificazione della fattispecie in tal senso. Il disconoscimento di una posizione di vantaggio non può trovare la propria giustificazione negli atti di diritto europeo che consentono agli Stati di introdurre misure atte ad evitare fenomeni di abuso del diritto quanto l'azione del singolo è stata realizzata prima che all'ordinamento giuridico di riferimento fosse riconosciuto tale potere e, dunque, per la legislazione dell'epoca, quel particolare comportamento era considerato legittimo e conforme tanto al diritto nazionale quanto a quello europeo. Ecco, quindi, che secondo il ragionamento della Corte non risulta possibile accettare una valutazione in termini di abusività di un'azione posta in essere senza tener conto che tale qualificazione potrebbe pregiudicare in maniera sostanziale sia la certezza del diritto che il legittimo affidamento del singolo che opera nel mercato interno³⁴⁶.

³⁴⁶ In tal senso cfr. Corte di Giustizia, sentenza 29 aprile 2004, cause riunite C-487/01 e C-7/02, *Gemeente Leusden e Holin Groep BV vs Staatssecretaris van Financiën*. In specie, la legislazione olandese aveva abolito l'opzione per la tassazione delle locazioni immobiliari. L'amministrazione finanziaria precedente, in forza di tale modifica, ravvisava la necessità di rettificare la detrazione Iva relativa ai contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della richiamata modifica normativa. La Corte di Giustizia sottolinea che sarebbe contrario agli obiettivi di lotta alle pratiche abusive propri della normativa Iva sopprimere il diritto di optare per l'imposizione

Infine, merita di essere presa in esame la già citata sentenza *Olimpiclub*³⁴⁷ in cui la Corte ha coniugato il principio di certezza del diritto con il divieto di abuso del diritto. Anzi, proprio in forza del richiamato principio UE, è stata ampliata l'operatività del suddetto monito.

Come noto, la sentenza *Olimpiclub* origina dal rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte di Cassazione circa la possibilità o meno per il giudice nazionale di rilevare una pratica abusiva ai fini Iva e, dunque, applicare il divieto di abuso del diritto sebbene la medesima questione fosse coperta da un giudicato esterno, ossia da una sentenza passata in giudicato formatosi in un procedimento relativo

di peculiari locazioni immobiliari, qualora lo Stato abbia avuto contezza del fatto che il diritto di opzione era esercitato nell'ambito di meccanismo di aggiramento dell'imposta. L'Organo giurisdizionale conclude come un soggetto passivo non possa fare legittimamente affidamento sulla circostanza che sussista un sistema giuridico che, anche indirettamente, ammetta un comportamento fraudolento o abusivo; né lo stravolgimento del quadro normativo di cui un soggetto passivo Iva abbia beneficiato, senza tuttavia che sussista una pratica abusiva, potrebbe violare il legittimo affidamento sul diritto europeo. Pertanto, qualora uno Stato membro sopprima il diritto ad optare per l'imposizione delle locazioni di immobili deve necessariamente tener conto, nella scelta delle modalità di applicazione della novella legislativa, del legittimo affidamento dei soggetti passivi (circostanza che nella suddetta fattispecie si era verificata). Cfr. punti 57 e 81 della richiamata sentenza.

³⁴⁷ Cfr. capitolo III, p. 136 ss.

alla stessa fattispecie ma afferente un periodo di imposta diverso. La Corte, pur sottolineando l'importanza del principio dell'autorità di cosa giudicata³⁴⁸, rileva come quest'ultimo caposaldo processuale non operare quando, fondandosi su di una valutazione errata di una fattispecie, metta a repentaglio la certezza del diritto ed anche l'efficacia di disposizioni volte a contrastare circostanze abusive. In particolare, se così fosse, non si potrebbe effettuare un riesame di un accertamento contenuto in una decisione giurisdizionale che abbia acquistato l'efficacia di giudicato. E da ciò discenderebbe che, laddove la decisione sia fondata su di un'interpretazione errata della norma europea volta a tutelare l'ordinamento da pratiche abusive, la non corretta applicazione di tali regole si

³⁴⁸ Il Supremo Organo giurisdizionale europeo rammenta che il principio dell'autorità di cosa giudicata - in base al quale le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per tali ricorsi non possono più essere messe in discussione - riveste una notevole importanza sia nell'ordinamento giuridico europeo sia in quelle nazioni. Tale principio assoluto, ponendosi a garanzia della stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, nonché della buona amministrazione della giustizia, esclude che il diritto UE possa imporre ai giudici nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto europeo da parte di tale decisione.

riprodurrebbe anche nel tempo, senza possibilità di alcun rimedio. Alla luce di quanto elaborato dalla Corte, ostacoli come quelli contemplati nella sentenza *supra* richiamata relativi all'applicazione di norme europee che prevedono misure antiabuso non possono essere giustificati neanche in ragione del principio di autorità di cosa giudicata, poiché se così fosse potrebbero essere lesi i principi di certezza del diritto e del legittimo affidamento ai quali il suddetto divieto si ancora.

9. L'abuso del diritto quale giusta sintesi tra principio interpretativo e categoria generale del diritto europeo: stato dell'arte e prospettive.

L'analisi condotta nel corso del lavoro circa la natura, la portata e gli effetti connessi alla nozione di abuso del diritto rileva la peculiare connotazione del sotteso divieto che, a detta di chi scrive, si manifesta tanto nella dimensione di categoria generale del diritto europeo quanto nella veste di canone interpretativo dell'ordinamento UE. Sebbene la Dottrina sul punto non

abbia espresso un'opinione unanime³⁴⁹, risulta alquanto riduttivo classificare il suddetto monito nell'una o nell'altra categoria. Difatti, così facendo, si rischierebbe di trascurare la natura ibrida di tale divieto che, oltre a porsi a garanzia del sistema giuridico europeo, risulta un efficace strumento per valutare le condotte poste in essere nell'Unione Europea in forza delle disposizioni di tale ordinamento. Si sottolinea che l'utilizzo del termine "categoria" e non "principio" è frutto di una scelta consapevole dal momento che, sebbene la Corte lo abbia incidentalmente designato quale principio generale comunitario/europeo come nella sentenza *Kofoed*³⁵⁰ ovvero quale principio generale di settore come nella

³⁴⁹ Preme sottolineare come una parte della Dottrina definisca l'abuso del diritto come un semplice fenomeno sociale che non merita né di essere sussunto nell'alveo dei principi generali né, tantomeno, ad una questione meramente interpretativa. In tal senso cfr. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 230 ss., che sul punto rievocando una celebre espressione di Dante Alighieri, contenuta nella Divina Commedia, Inferno, Canto XXVII, 118-120, ha sottolineato che «l'abuso del diritto è un fenomeno sociale, non un concetto giuridico, anzi uno di quei fenomeni che il diritto non potrà mai disciplinare in tutte le sue applicazioni che sono imprevedibili: è uno stato d'animo, è la valutazione etica di un periodo di transizione, è quel che si vuole, ma non una categoria giuridica, e ciò e ciò per la contraddizione che nol consente».

³⁵⁰ Cfr. nota 294.

disciplina fiscale³⁵¹, allo stato dell'arte appare ancora prematuro assimilarlo *de plano* a principio cardine UE, stante i propri elementi distintivi - che variano da settore a settore - nonché i suoi effetti³⁵². Senza dimenticare la circostanza che non sempre situazioni palesemente abusive, come nel caso *Chen*³⁵³, sono state poi definite in tali termini.

La duplice caratteristica su cui ricostruire il divieto in esame in termini di categoria dell'Unione è la generalità nonché la mutevolezza dello stesso. Il copioso materiale giurisprudenziale e normativo preso in esame ha evidenziato come il richiamato monito, in assenza di una precisa cristallizzazione normativa, possa trovare sì applicazione nei diversi settori normativi UE ma assumendo una connotazione diversa in relazione ad ogni singola branca del sistema normativo europeo in cui opera. Partendo dal presupposto che per integrare una condotta abusiva è necessaria, quale condizione imprescindibile, l'alterazione del fattore causale della disposizione su cui si fonda l'azione posta in essere, l'assunto di non doversi

³⁵¹ Cfr. par. 7 del capitolo III.

³⁵² In tal senso cfr. ADINOLFI, *La nozione di «abuso del diritto» nell'ordinamento dell'Unione Europea*, op. cit.

³⁵³ Cfr. nota 251.

avvalere abusivamente del diritto richiede una valutazione caso per caso delle condotte realizzate da coloro che agiscono in forza del diritto europeo. Difatti, la cd. dimensione oggettiva può assumere le forme più diverse a seconda dell'ambito in cui si opera. Ciò che risulta dirimente, invece, è la divergenza tra la condotta del singolo e il risultato ottenuto in contrasto con quello normativamente prefigurato. Questa malleabilità ed elasticità fa sì che il divieto *de quo* risulti una “categoria giuridico-normativa” di garanzia su cui si fonda l'ordinamento europeo nella sua complessità, la cui efficacia, però, è subordinata ad un'attenta valutazione da parte dell'interprete. Infatti, un'errata applicazione potrebbe colpire non solo le condotte illegittime ma anche quelle del tutto lecite.

Altro aspetto da prendere in considerazione è l'applicazione cd. a più livelli. Se, come visto, la nozione di abuso del diritto UE comprende le condotte che si estrinsecano: *a)* nell'aggiramento di norme statali attraverso l'uso strumentale di prerogative europee; *b)* nella precostituzione fittizia o artificiosa delle condizioni richieste dalla normativa sovranazionale ai fini della titolarità di una situazione giuridica di vantaggio; *c)*

nell'esercizio improprio di un diritto UE in modo da limitare un'equivalente posizione giuridica sovranazionale attribuita ad un terzo; allora il divieto, nel colpire tali fattispecie, si pone a tutela della coerenza sistematica che permea l'Unione Europea. Tale caratteristica conferma, ulteriormente, la natura di “proposizione/clausola giuridica³⁵⁴” del divieto in questione. In particolare, il fine a cui tende quest'ultima non presenta alcun tipo di connotazione politica, morale o sociale, ma solo ed esclusivamente giuridico-economica: si vuole evitare che il sistema possa essere destituito di fondamento mediante l'impiego distorto di quelle posizioni giuridiche che lo stesso riconosce, attribuisce e tutela. Alla luce di ciò, si viene a creare un particolare effetto a cascata che inevitabilmente investe sia i soggetti che utilizzano il diritto sia coloro i quali devono garantirne la corretta applicazione. Quando si afferma che l'Unione Europea non riconosce l'esercizio abusivo del suo stesso diritto,

³⁵⁴ In tal senso cfr. MAUBLANC, *Réévaluation de l'abus de droit à la lumière de la jurisprudence communautaire sur les pratiques abusive*, in *Rev. mar. com. et de l'union eur.*, 2007, p. 267 ss.; VOGENAUER, *The Prohibition of Abuse of Law: An Emerging General Principle of EU Law*, in DE LA FERIA, VOGENAUER (edited by), *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law?*, Oxford, 2011, p. 520 ss.

indirettamente si forniscono all'individuo le linee guida affinché questo, nel valersi delle situazioni giuridiche disciplinate dal diritto UE, non integri condotte che, a conti fatti, risultano contrarie alle *rationes* delle disposizioni attributive. Difatti, il divieto si pone a tutela dell'autonomia di agire (legittimamente) nonché del diritto di scelta in assenza dei quali l'ordinamento europeo avrebbe breve durata. A ciò si aggiunga anche il potere riconosciuto ai giudici nazionali i quali, proprio grazie al suddetto divieto, sono messi nelle condizioni di disconoscere i benefici conseguiti impropriamente, potendo riqualificare in modo corretto le operazioni realizzate. In tale direzione gli organi giurisdizionali interni, in forza delle finalità ultime che permeano le disposizioni oggetto di abuso e alla luce di esso, si pongono a garanzia dell'uniforme applicazione del diritto UE, il quale non potrebbe legittimare condotte che, sebbene trovino fondamento nel sistema giuridico europeo, si pongono in antitesi a quest'ultimo.

Infine, non è possibile trascurare il *background* normativo sul quale tale divieto si innesta nonché l'incessante attività della Corte di Giustizia che sulla tematica in parola ha assunto un ruolo di primaria rilevanza. È importante

sottolineare come la nozione di abuso del diritto e il divieto di porre in essere condotte abusive risultino ben radicati negli ordinamenti nazionali quali categorie di settore. Allo stesso tempo, però, seppur con le giuste differenze proprie dei sistemi di *civil law* quanto di quelli di *common law*, l'elemento in comune alle due tipologie di ordinamenti è che una condotta è abusiva nel momento in cui quest'ultima ecceda i limiti della norma in forza della quale si è agito. Premesso ciò, dall'analisi della copiosa giurisprudenza UE, si rileva che la Corte abbia preso spunto dalle esperienze degli Stati membri. In particolare, essa ha individuato nell'alterazione del fattore causale quel requisito di assoluta rilevanza che risulta comune ad ogni comportamento improprio, a prescindere dal settore normativo in cui si opera. E proprio l'alterazione del fattore causale altro non è che quell'eccesso comportamentale contemplato a livello nazionale che sancisce definitivamente l'illegittimità di un'azione.

Stante la suggerita natura di categoria generale dell'Unione Europea, preme sottolineare che il divieto di abuso del diritto ha svelato e svela la propria veste di canone ermeneutico, connotazione questa che si aggiunge e non esclude quella poc'anzi indicata.

Come visto, a più riprese, è stata negata rilevanza autonoma alla nozione di abuso e il correlato divieto è stato definito un mero canone ermeneutico, quale diretto precipitato del principio di buona fede oggettiva. Da un lato, tale visione è sicuramente coerente con la realtà dei fatti. In primo luogo, il suddetto divieto postula in capo al singolo individuo che esercita la posizione giuridica a lui attribuita l'onere di agire in ottemperanza alla *ratio* sottesa alla norma di riferimento, pena il disconoscimento di quanto ottenuto. A ciò si lega l'obbligo in capo ai giudici nazionali di porre in essere una valutazione d'insieme delle circostanze concrete che hanno caratterizzato l'azione del singolo, dovendo interpretare restrittivamente la disposizione in questione in caso di abuso. Se l'assunto di non avvalersi abusivamente del diritto UE trova una sua precisa configurazione anche a livello interpretativo, questo non vuol dire che si possa escludere la sua portata di categoria generale. A dire il vero, solo riconoscendo la duplice veste è possibile non sminuire l'importanza del ruolo ricoperto da tale monito. Difatti, il divieto di non avvalersi abusivamente del diritto europeo, nella sua veste di categoria generale, si pone quale clausola di salvaguardia assoluta di sistema: adagiandosi alle

caratteristiche di ogni singolo settore normativo, impedisce che le disposizioni sovranazionali possano legittimare azioni che, sebbene *a priori* ed *in abstracto* siano conformi al contenuto di una situazione giuridica soggettiva di origine sovranazionale, permettano il raggiungimento di risultati che una semplice applicazione formale della norma garantirebbe. Due sono le conseguenze che scaturiscono dalla connotazione quale canone interpretativo. In primo luogo, si vuole che il singolo che opera in forza di una disposizione europea interpreti correttamente il contenuto della norma, e dunque, che agisca in modo tale che il proprio comportamento sia coerente con la finalità ultima a questa sottesa. In secondo luogo, che i giudici nazionali, in quanto destinatari sostanziali dell'obbligo di garantire l'uniforme applicazione del diritto UE valutino attentamente le fattispecie sottoposte alla loro attenzione e, se del caso, disconoscere i benefici impropriamente raggiunti.

Proprio coniugando la duplice veste di canone ermeneutico nonché di categoria generale del diritto dell'Unione Europea, il divieto di abuso si mostra nella sua veste di correttivo alle lacune normative del sistema giuridico sovranazionale. Assolve la funzione di risolvere i conflitti

normativi, di proteggere gli spazi comuni e di garantire il continuo adattamento del diritto europeo alla trasformazione della società. La sua stabilità funzionale si lega, quindi, ad un'intrinseca dinamicità operativa, tesa da un lato a precludere l'esercizio improprio dei diritti attribuiti dall'ordinamento e dall'altro a tutelare la coerenza sistematica di quest'ultimo. Il divieto in questione si presta ad essere un correttivo malleabile alle imprevedibili fenomenologie abusive, di estrema importanza per il giudice nazionale il cui compito è quello di preservare il proprio ordinamento e, dunque, anche quello europeo. Tale aspetto non è da sottovalutare. Il divieto opera nelle fattispecie non propriamente tipizzate. E non potrebbe essere altrimenti in quanto non si potrebbe parlare di abuso nei casi in cui una condotta risulti *ex se* già vietata in base ad una specifica previsione normativa. In altri termini, il divieto colma le lacune dell'ordinamento, affidando al giudice il compito di ricostruire prima la fattispecie alla luce della norma aggirata, poi di individuare, nel caso concreto, il correlato limite alla libertà del singolo di impiegare in maniera impropria le situazioni giuridiche attribuite ed, infine, se

necessario, reprimere i comportamenti censurabili per il risultato materiale che consentono.

Alla luce di ciò, il divieto di abuso del diritto europeo, stante la natura che lo contraddistingue, risulta essere quel peculiare rimedio evolutivo inquadrabile nel novero delle metodologie antiformali che consente una tutela effettiva dal lato sostanziale. Ecco dunque che si pone come la giusta sintesi fra il *principle of construction* che caratterizza la corretta interpretazione del diritto europeo e una categoria generale di sistema che informa l'ordinamento UE.

Detto ciò, preme infine rilevare che la Corte di Giustizia potrebbe individuare nell'art. 54, rubricato «*Divieto dell'abuso del diritto*», della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea la base giuridica in forza della quale poter elevare il divieto di abuso del diritto europeo a principio generale UE. Se da un lato non è possibile trascurare l'importanza del richiamato articolo che si manifesta quale clausola interpretativa - di rango pari a quello delle disposizioni contenute nei Trattati UE - posta a tutela dei diritti fondamentali dell'Unione, dall'altro, però, il fatto che è limitato a tale peculiare settore non può costituire, al momento, una soluzione di rilevanza generale

che possa giustificare una definizione del divieto di abuso nei termini di principio assoluto dell'Unione Europea. Difatti, l'articolo 54 potrebbe essere il punto di partenza dal quale la Corte di Giustizia potrebbe intervenire al fine di ridurre, o meglio dire, di eliminare ogni margine di incertezza che caratterizza la tematica oggetto di studio. Ad oggi, non si registrano decisioni giurisprudenziali in tal senso e ciò è sicuramente dovuto alla recente entrata in vigore del Trattato di Lisbona e alla nuova veste giuridica assunta dalla Carta dei diritti. Ma si auspica che il Supremo Collegio europeo possa cogliere quanto prima l'opportunità fornita sul piano normativo.

BIBLIOGRAFIA

INDICE DEGLI AUTORI

AA.VV., *Materiali di diritto tributario internazionale*, Milano, 2002.

AA.VV., *Fiscalità Sovranazionale. Guida al diritto tributario comunitario. Profili fiscali internazionali e comparati. Tassazione dell'impresa multinazionale*, in *Il Sole 24Ore*, Milano, 2010, p. 227 ss.

ACCONCI, *Quale gerarchia delle fonti nel nuovo diritto dell'Unione?*, in *Dir. un. eur.*, 2005, p. 253 ss.

ADAM, *Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Dir. un. eur.*, 2000, p. 882 ss.

ADAM, TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2010, p. 119 ss.

ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1994, p. 521 ss.

ADINOLFI, *La nozione di «abuso di diritto» nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Riv. Dir. Int.*, 2012, p. 329 ss.

ADONNINO, *Armonizzazione fiscale nell'Unione Europea*, in *Enc. dir.*, Milano, 1999.

ALPA, *L'applicazione della direttiva sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori: primo bilancio*, in *Riv. trim. econ. e dir.*, 2000, p. 773 ss.

ALPA, *La concorrenza tra ordinamenti: un approccio realistico*, in ZOPPINI, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Bari, 2004, p. 47 ss.

ALONSO - GARCÍA, *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 1 ss.

AMAND, *Prohibition of Abusive Practice in European VAT, Court Aid to National Legislation Bugs?*, in *Intertax*, 2008, p. 20 ss.

AMATUCCI, *Principi e nozioni di diritto tributario*, Torino, 2011, p. 111 ss.

ANDRIOLA, *La dialettica tra "aggiramento" e valide ragioni economiche, in una serie di ipotesi applicative della norma antielusiva*, in *Rass. trib.*, 2006, p. 1897 ss.

ARMANNO, *La sussidiarietà nel secondo pilastro UE*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 413 ss.

ATRIPALDI, *Leale cooperazione comunitaria ed obbligo degli Stati al riesame degli atti amministrativi definitivi contrari al diritto comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004, p. 883 ss.

ATTARDI, *Abuso del diritto e giurisprudenza comunitaria: il perseguimento di un vantaggio fiscale come scopo*

essenziale dell'operazione elusiva, in *Dir. prat. trib.*, 2008, p. 637 ss.

AVELLA, *Antiabuso e direttive madre-figlia e interessi e royalties*, in MAISTO (a cura di), *Elusione e abuso del diritto tributario*, in *Quad. riv. dir. trib.*, 2009, Milano, p. 339 ss.

AVERY- JONES, *Tax Law – Rules or principles*, in *Fiscal Studies*, 1996, p. 63 ss.

BADIALI, *Il diritto degli Stati negli ordinamenti delle Comunità europee*, Milano, 1971, p. 24 ss.

BARATTA, *L'equivalenza delle normative nazionali ai sensi dell'art. 100B del Trattato CE*, in *Riv. dir. eur.*, 1993, p. 727 ss.

BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Dir. un. eur.*, 2008, p. 21 ss.

BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità*, in *Dir. un. eur.*, 2010, p. 517 ss.

BARILE, *Sulla struttura delle Comunità europee*, in *Riv. dir. int.*, 1964, p. 19 ss.

BARONCELLI, *Le fonti del diritto nell'UE dal Trattato di Roma al Trattato di Lisbona: verso un'accresciuta complessità del sistema*, in *Oss. fon.*, 2008, p. 46 ss.

BARONI, *Incontro di studio: "Il nuovo Trattato europeo"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 617 ss.

BASILAVECCHIA, *Il giudicato esterno cede all'abuso del diritto (ma non solo)*; in *GT – Riv. giur. trib.*, 2010, p. 13 ss.

BASSI, *Il mutuo riconoscimento in trasformazione: il caso delle patenti di guida*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 1582 ss.

BATZU, *Concentrazioni miste di imprese, compatibilità con il Mercato comune europeo e sfruttamento di posizione dominante*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, p. 2031 ss.

BEGHIN, *Evoluzione e stato della giurisprudenza tributaria; dalla nullità negoziale all'abuso del diritto nel sistema impositivo nazionale*, in MAISTO (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario: orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, Milano, 2009, p. 23 ss.

BEGHIN, *Alla ricerca di punti fermi in tema di elusione e abuso del diritto tributario (nel comparto dei tributi non armonizzati)*, in TASSANI (a cura di), *Attuazione del tributo e diritti del contribuente in Europa*, Roma 2009, p. 137 ss.

BEHERENS, *Centros and the Proper Law of Companies*, in FERRARINI, HOPT, WYEMMERSCH, *Capital Markets in the Age of the Euro*, The Hague, 2002, p. 503 ss.

BELLI, MACCARONE, NIGRO, PATRONI-GRIFFI, PORZIO, SANTORO, *L'attuazione della seconda direttiva comunitaria sulle banche*, in *Dir. della banca e del mercato fin.*, 1993, p. 167 ss.

BENEDETELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2001, p. 569 ss.

BERAUDO, *Le Règlement (CE) du conseil du 22 décembre 2000 concernât la compétence judiciaire, la reconnaissance l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Clouent*, 2001, p. 1033 ss.

BERNARD, *The future of European economic law in the light of the principle of subsidiarity*, in *Comm. mar. law rev.*, 1996, p. 637 ss.

BERTOLI, *Corte di Giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2005, p. 341 ss.

BIAGIONI, *L'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordine pubblico processuale nel sistema della Convenzione di Bruxelles*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 723 ss.

BIGLIAZZI, GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto della disc. Priv.*, Sez. civ., Torino, p. 187 ss.

BIFULCO, CELOTTO, *Commento all'art. 54*, in BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 370 ss.

BLANQUET, *L'article 5 du Traité CE*, Paris, 1994.

BONOMI, *Il sistema della competenza giurisdizionale nel Regolamento «Bruxelles I»*, in BONOMI (a cura di) *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, 2009, p. 55 ss.

BOSCHIERO, *L'ordine pubblico processuale*, in DE CESARI, FRIGESSI (a cura di), *La tutela transnazionale del credito*, Torino, 2007, p. 163 ss.

BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano 1968, p. 4 ss.

BROWN, *Is there a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law?*, in CURTIN, HEUKELS (eds.), *Institutional Dynamics of European Integration: Essays in Honor of Henry G. Schermers*, Nijhoff, 1994.

BRUNEAU, *Les règles européennes de compétences en matière civile et commerciale*, in *La semaine juridique*, 2001, p. 304 ss.

BUSNELLI, NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, *Studi in onore di PIETRO RESCIGNO*, V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano, 1998, p. 181 ss.

CAFARI PANICO, *Il principio di sussidiarietà e il ravvicinamento delle legislazioni nazionali.*, in *Jus*, 1994, p. 381 ss.

CAFARI PANICO, TOMASI, *Il futuro della CEDU tra giurisprudenza costituzionale e diritto dell'Unione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 186 ss.

CAFARO, *L'abuso di diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali.*, in *Dir. un. eur.*, 2003, p. 291 ss.

CANNIZZARO, EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law*, Kluwer Law International, London, The Hague, Boston, 1996, XXX-288, in *Dir. un. eur.*, 1997, p. 533 ss.

CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. com. e degli scambi int.*, 1983, p. 408 ss.

CAPRIGLIONE, *Prime riflessioni sul recepimento della seconda Direttiva CEE in materia bancaria*, in *Banca borsa e titoli cred.*, 1993, p. 437 ss.

CAPUANO, *Posizione dominante collettiva e oneri probatori della Commissione: il caso Airtours*, in *Dir. un. eur.*, 2003, p. 481 ss.

CARBONE, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni in materia civile e commerciale nello spazio giudiziario europeo: dalla Convezione di Bruxelles al regolamento (CE) 44/2001*, in CARBONE, FRIGO, FUMAGALLI, *Diritto processuale e commerciale comunitario*, Milano 2004, p. 1 ss.

CARBONE, *Brevi riflessioni sull'abuso del diritto comunitario: commercio internazionale ed esercizio delle libertà individuali*, in *Dir. comm. inter.*, 2011, p. 67 ss.

CARCHIDI, *Contributo alla studio dell'istituto della cittadinanza nazionale ed europea*, in *Riv. della coop. giur. int.*, 2008, p. 87 ss.

CARLI, *Diritto tributario europeo e “paradisi fiscali”; abuso del diritto ... di stabilimento o lacuna del sistema fiscale comunitario?*, in *Riv. dir. eur.*, 1988, p. 128 ss.

CARPANETO (a cura di), *Giurisprudenza comunitaria*, in *Studi iuris*, 2009, p. 231 ss.

CARRUTHERS, VILLIERS, *Company Law in Europe – Condoning the Continental Drift?*, in *Eur. bus. law rev.*, 2000, p. 91 ss.

CARTABIA, *L’efficacia giuridica della Carta dei diritti: un problema del futuro o una realtà del presente?*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 423 ss.

CARUSO, *Le emissioni radiotelevisive nella direttiva comunitaria e nella sua applicazione in Italia*, Milano, 1991, p. 27 ss.

CASALENA, *The role of National Parliaments in the Lisbon Treaty - Il ruolo dei Parlamenti nazionali nel Trattato di Lisbona*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2008, p. 348 ss.

CASSESE, *L’aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell’area europea*, in *il Foro it.*, 1995, p. 373 ss.

CASSESE, *Che tipo di potere pubblico è l’Unione europea?*, in *Quad. fior.*, 2002, p. 77 ss.

CASTELL, DE LA PASSE, *La révision du règlement Bruxelles I à la suite de la publication du livre vert de la*

Commissione, in *La gazette du palis*, 29 maggio 2010, n. 149, p. 26 ss.

CASTELLANETA, *Le principali novità determinate dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Notariato*, 2010, p. 197 ss.

CASTRONOVO, *Abuso di diritto come illecito atipico*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 1051 ss.

CELETTO, *La cittadinanza europea*, in *Dir. un. eur.*, 2005, p. 379 ss.

CENTORE, *L'elusione fiscale: un'arma di distruzione di massa*, in *L'Iva*, 2008, p. 5 ss.

CERIONI, *Harmful Tax Competition Revisited: Why not a Purely Legal Perspective under EC Law?*, in *Eur. tax.*, 2005, p. 267 ss.

CICIRIELLO, *La Comunità europea e i suoi principi giuridici. Lezioni di diritto comunitario; studi e documenti di diritto internazionale e comunitario*, 2004, Napoli, p. 105 ss.

CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale. Il problema dell'elusione fiscale*, Padova, 1992.

COLANGELO, *Unione europea e abuso di posizione dominante*, in *il Foro it.*, 2009, p. 584 ss.

CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, Bologna, 1996.

CONTRINO, *Il divieto di abuso del diritto del diritto fiscale: profili evolutivi, (asseriti) fondamenti giuridici e connotati strutturali*, in *Dir. prat. trib.*, 2010, p. 471 ss.

COSÌ, *Cittadinanza dell'Unione e cittadinanza di uno Stato membro: il caso della British Overseas Citizenship*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 664 ss.

COZIAN, *La notion d'abus de droit en matière fiscale*, in *Gazette du Palais*, 1993, p. 50 ss.

DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2008, p. 157 ss.

DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Dir. un. eur.*, 2008, p. 655 ss.

DANIELE, *La protezione di diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in *Dir. un. eur.*, 2009, p. 645 ss.

DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo. Cittadinanza – Libertà di circolazione – Concorrenza – Aiuti di Stato*, Milano, 2012, p. 2 ss.

D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione europea*, Venezia, 1998.

D'ANIELLO, *Il regime fiscale delle holding europee – Riflessione a margine delle normative anti-abuso contenuta nella disciplina italiana dei dividendi comunitari*, in *Riv. dir. trib. int.*, 2000, p. 170 ss.

DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse. A study under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in relation to Conduit and Base Company*, in *IBFD*, Leidend, 2007, p. 765 ss.

DE CESARI, *La procedura semplificata di exequatur nei regolamenti Bruxelles I, Bruxelles II-bis, e n. 1346/2000 e la sua applicazione pratica*, in BOSCHIERO, BERTOLI (a cura di), *Verso un «ordine comunitario» del processo civile*, Napoli, 2008, p. 19 ss.

DEL CONTE, *La Corte di giustizia tra garanzia delle libertà fondamentali sancite dal Trattato CE e sovranità sociale degli Stati membri*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 1239 ss.

DELORS, *Subsidiarité: défi du changement. La subsidiarité, principe directeur des futures responsabilités en matière de politiques communautaires? Actes du colloque*, Maastricht, 21-22 mars 1991 (a cura di) *Institut européen d'administration publique*.

DE LA FERIA, *The European Court of Justice' Solution to Aggressive VAT Planning – Further Towards Legal Uncertainty?*, in *EC tax rev.*, 2006, p. 27 ss.

DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, Napoli, 2000.

DE PASQUALE, *Il riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 60 ss.

DEL SOLE, *L'armonizzazione dell'imposizione societaria nell'Unione europea*, in *Fisc. inter.*, 2004, p. 135 ss.

DEL VAGLIO, *Note minime sulla nozione di "ritenuta alla fonte" di cui alla direttiva Cee cd. "società madri e figlie" secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, p. 22 ss.

DIAS, MARKESINIS, *The English Law of Torts. A comparative Introduction*, Brussels, 1976, p. 11 ss.

DI PLINIO, *Il caso Irish Sugar. Solo una ammenda "salata", o un altro passo verso la fine dei protezionismi*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2000, p. 332 ss.

DONATI, *Le fonti del diritto dell'Unione*, in *Dir. un. eur.*, 2005, p. 611 ss.

DONATI, *Il trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Il sistema delle fonti*, in *il Foro it.*, 2005, p. 23 ss.

DOUTRELEPONT, *L'actualité du droit de l'audiovisuel européen*, Paris, 1996, p. 129 ss.

DRAETTA, *Le competenze dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. comun. e degli scambi int.*, 2008, p. 245 ss.

DRAGONETTI, PIACENTINI, SFONDRINI, *Manuale di fiscale internazionale*, Milano, 2010, p. 219 ss.

DRIJBER, *The revised television without frontiers directive: is it fit for the next century?*, in *Comm. mar. law rev.*, 1999, p. 87 ss.

EHLERMANN, *Compétition entre systèmes réglementaires*, in *Rev. mar. comm. un. eur.*, 1995, p. 220 ss.

ESSERS, DE BONT, KEMMEREN (a cura di), *The compatibility of Anti-Abuse Provision in Tax Treaties with EC Law*, l'Aia, Londra, Boston, 1998.

EVANS, DELAHUNTY, *ECJ Decision: Cadbury Schweppes and the U.K. CFC Rules*, in *Tax plan. int. rev.*, 2006, p. 11 ss.

FALSITTA, *Corso istituzionale di diritto tributario*, Padova 2009, p. 110 ss.

FALSITTA, *Natura delle disposizioni contenute "norme per l'interpretazione di norme" e l'art. 37-bis sull'interpretazione analogica o antielusiva*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, p. 535 ss.

FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, p. 161 ss.

FARMER, *VAT Planning: Assessing the "Abuse of Rights" Risk*, in *The tax journal*, 2002, p. 5 ss.

FEDELE, *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino, 2003, p. 149 ss.

FERLETIC, *Libera circolazione dei medici e mutuo riconoscimento delle specializzazioni mediche in ambito comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, p. 1773 ss.

FERRARA, *L'efficacia dei principi comunitari sulla concorrenza*, in *Dir. un. eur.*, 2005, p. 669 ss.

FERRARO, *Il rapporto fra le nozioni di impresa ed ente pubblico nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 802 ss.

FERRARO, *Le fonti del diritto dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 60 ss.

FICARI, *Clausola antielusiva, art. 53 della Costituzione e regole giurisprudenziali*, in *Rass. trib.*, 2009, p. 390 ss.

FINNIS, *Revolution and Continuity of Law*, in SIMPSON (a cura di) *Oxford Essays in Jurisprudence, Second Series*, Oxford, 1973, p. 64 ss.

FIorentino, *L'elusione tributaria*, Napoli, 1996.

FISICHELLA, *Il principio di mutuo riconoscimento e la libera circolazione delle professioni nell'Unione Europea*, in *Dir. un. eur.*, 1999, p. 53 ss.

FORNI, *Cittadinanza dell'Unione europea e condizione delle minoranze negli Stati membri*, in *Dir. un. eur.*, 2010, p. 835 ss.

FORTUNATO (nota di), in *il Foro it.*, 2000, p. 318 ss.

FRAGOLA, *Alcune osservazioni sulla direttiva comunitaria 97/36 in tema di disciplina della attività televisiva*, in *Riv. dir. d'autore*, 1997, p. 417 ss.

FRANSONI, *Appunti su abuso di diritto e "valide ragioni economiche"*, in *Rass. trib.*, 2010, p. 932 ss.

FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale, l'art. 5, n. 1 del regolamento (CE) n. 44/2001 nella prospettiva dell'armonia delle decisioni*, Padova, 2006, p. 1 ss.

FREY, EICHENBERGER, FOCJ, *Competitive governments for Europe*, in *Int. rev. of law and econ.*, 1996, p. 315 ss.

FRIGAGNU, ROSSI, *EU and italian antitrust rules: concordances and discordances*, in *Dir. comm. inter.*, 2001, p. 811 ss.

GAGLIARDI, *Libertà di circolazione dei lavoratori, concorsi pubblici e mutuo riconoscimento dei diplomi*, in *il Foro amm. C.d.S.*, 2010, p. 735 ss.

GAJA, *L'incorporazione della Carta dei diritti fondamentali nella Costituzione per l'Europa*, in *I diritti dell'uomo*, 2003, p. 5 ss.

GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione Europea: «Paradise Lost?»*, Torino, 2009.

GALLO, *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito di impresa)*, in *Rass. trib.*, 1989, p. 11 ss.

GALLO, *Elusione, risparmio di imposta e frode alla legge*, in *Giur. comm.*, 1989, p. 377 ss.

GALLO, *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, in *Dir. prat. trib.*, 1992, p. 1767 ss.

GAMMIE, *EU Taxation and the *societas europaea* – Harmless creature of Trojan horse*, in *Eur. tax.*, 2004, p. 35 ss.

GARBARINO, *L'abuso del diritto nel sistema francese, comunitario e internazionale*, in *Dir. prat. trib.*, 2000, p. 674 ss.

GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, Milano, 2005, p. 547 ss.

GARCEA, *Il legittimo risparmio d' imposta*, Padova, 2000.

GATSIOS, HOLMES, *Regulatory competition*, in NEWMAN, *The new Palgrave dictionary of economics and the law*, London-New York, Macmillan Reference Ltd – Stockton Press, 1998, p. 271 ss.

GAUDEMET, TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Européenne Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, Paris, 2010, p. 1 ss.

GENSCHEL, *Why no mutual recognition of VAT? Regulation, taxation and the integration of the EU's internal market for goods?*, London, 2007, p. 743 ss.

GERADIN, *Limiting the scope of Article 82 EC: What can the EU learn from the U.S. Supreme Court's judgment in*

Trinko in the wake of Microsoft, IMS and Deutsche Telekom?, in *Comm. mar. law rev.*, 2004, p. 1519 ss.

GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso "Centros"*, in *Riv. dir. int.*, 2000, p. 71 ss.

GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano 2003, p. 25 ss.

GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. un. eur.*, 2009, p. 678 ss.

GIGLIONI, *Subsidiary cooperation: a new type of relationship between public and private bodies supported by the EU law - Cooperazione sussidiaria: un tipo nuovo di relazione tra enti pubblici e privati incentivato dalla legge dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, p. 485 ss.

GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963, p. 153 ss.

GRAZIUSO, *L'ultima giurisprudenza della Corte di giustizia sul recepimento della direttiva n. 93/13/Cee in materia di clausole abusive*, in *Dir. comun. e degli scambi int.*, 2002, p. 737 ss.

GROUSSOT, *General Principles of Community Law*, Groeningen, 2006 p. 9 ss.

GRUNDMANN, *The structure of European Company Law: From Crisis to Boom*, in *Eur. bus. org.rev.*, 2004, p. 601 ss.

GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pub.*, 1949, p. 259 ss.

GULOTTA, *Circolazione dei lavoratori di Paesi terzi alle dipendenze di imprenditori comunitari e libera prestazione dei servizi*, in NASCIMBENE, *La libera circolazione dei lavoratori: trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, Milano, 1998, p. 160 ss.

GULLO, *L'abuso del diritto nell'ordinamento comunitario: un (timido) limite alla scelta del diritto*, in *Ragion pratica*, 2005, p. 180 ss.

GUNGUR, *Supranationalité et subsidiarité dans le droit communautaire*, Bruxelles, 1991; GUIZZI, voce *Sussidiarietà*, in *Enc. giur.*, Roma, 2000.

HANSEN, *The development of the circumvention principle in the area of Broadcasting*, in *Legal issue of econ. int.*, 1998, p. 111 ss.

HARRIS, *The Notion of "abus de droit" and Its Potential Application in fiscal Matters Within the EU Legal Order*, in *EC Tax Journal*, 2001, p. 187 ss.

HARRIS, *Abus de Droit: further thoughts on the cleansing of the stables, and the Community notion of own resources*, in *The EC Tax Journal*, 2002, p. 111 ss.

HARRIS, *Abus de Droit in the Field of Value Added Taxation*, in *British tax rev.*, 2003, p. 131 ss.

HERDEGEN, *The Origins and Development of the General Principles of Community Law*, in BERNITZ – NERGELIUS, *General Principles of European Community Law*, The Hague – London – Boston, 2000, p. 4 ss.

HINGS, *Case Note on Veronica*, in *Com. mar. law rev.*, 1994, p. 901 ss.

HONORATI, *Free Circulation Of Names For EU Citizens? - Libera circolazione dei nomi per i cittadini UE?*, in *Dir. un. eur.*, 2009, p. 379 ss.

KARAYANNIS, *L'abus de droits découlant de l'ordre juridique communautaire à propos de l'arrêt C-367/96 Alexandros Kefalas e a./Elliniko Dimosio (état hellénique)*, in *Cahiers de droit européen*, 1999, p. 521 ss.

KATSIREA, *The Transmission state principle: the end of the broadcasting sovereignty of the member states?*, in *Cambridge yearbook of European legal studies*, 2003-2004, p. 105 ss.

KATSIREA, *The circumvention principle: an effective defence of national Broadcasting system against abuse?*, Gran Bretagne, 2005.

KJELLGREN, *On the border of Abuse: the Jurisprudence of the European Court of Justice on Circumvention, Fraud and Abuse of Community Law*, in ANDENAS and ROTH, *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford, 2002, p. 245 ss.

KORAH, *Concept of a Dominant Position within the Meaning of Article 86*, in *Comm. mar. law rev.*, 1980, p. 395 ss.

KRAMER, *Abuse of Law by Tax Saving Devices*, in *Intertax*, 1991, p. 96 ss.

IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, 2001, p. 3 ss.

JOLIET, *Monopolization and Abuse of Dominant Position*, Liège, 1979.

JONES, *Television without frontiers*, in *Yearbook of Eur. Law*, 1999-2000, p. 299 ss.

LANDO, *Principles of European Contract Law, Parts I and II Combined and Revised*, The Hague, 2000.

LANDO, *Principles of European Contract Law, Part III*, The Hague, 2003.

LANG, *Cittadinanza dell'Unione, non discriminazione in base alla nazionalità e scelta del nome*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004, p. 247 ss.

LANG, *L'art. 82 – I problemi e la soluzione*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2009, p. 437 ss.

LARKING, *The Merger Directive: Will it work*, in *Eur. tax.*, 1990, p. 364 ss.

LA ROSA, *Principi di diritto tributario*, Torino, p. 21 ss.

LENAERTS, *The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law*, in *Eur. rev. priv. law*, 2010, p. 1121 ss.

LEONARDI, *Le posizioni dominanti ai margini della disciplina antitrust*, in *Studiumiuris*, 2010, p. 637 ss.

LEPRE, *The revision of the rules of the abuse of a dominant position in Europe: per se rule vs. rule of reason*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2010, p. 1505 ss.

LEZZI, *Principio di equivalenza, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione delle professioni nell'Unione europea*, in *Diritto com. e degli scambi int.*, 2003, p. 383 ss.

LIPARI, «*Concorrenza*» *fra ordinamenti e sistema delle fonti*, in ZOPPINI, *La concorrenza fra ordinamenti giuridici*, Bari, 2004, p. 81 ss.

LOGROSCINO, *La cittadinanza dell'Unione: la crisi dei concetti tradizionali*, in *Dir. un. eur.*, 2006, p. 407 ss.

LOMBARDO, *Il principio di leale cooperazione e l'armonizzazione indiretta delle regole procedurali nazionali alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Dir. com. e degli scambi int.*, 2008, p. 469 ss.

LOVISOLO, *Il principio di matrice comunitaria dell'«abuso» del diritto entra nell'ordinamento giuridico italiano: norma antielusiva di chiusura o clausola*

generale antielusiva? L'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte, in *Dir. prat. trib.*, 2009, p. 49 ss.

LOVISOLO, *Abuso del diritto e clausola generale antielusiva alla ricerca di un principio*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, p. 49 ss.

LUPI, *L'elusione come strumentalizzazione delle regole fiscali*, in *Rass. trib.*, 1994, p. 225 ss.

LUPI, *Elusione e legittimo risparmio d'imposta nella nuova normativa*, in *Rass. trib.*, 1997, p. 1099 ss.

LUPI, *Elusione: esperienze europee tra l'uso e l'abuso del diritto tributario*, in DI PIETRO (a cura di), *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, Milano 1999, p. 285 ss.

LUPI, *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, Milano, 2001, p. 277 ss.

LUPI, *Le operazioni straordinarie e l'elusione come figura di teoria generale, appartenente al genus della frode alla legge*, in AA.VV., *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, Milano, 2002, p. 745 ss.

LUPI, *Diritto tributario, Parte generale*, Milano, 2005, p. 104 ss.

LUPI, SANTACROCE, *Il concetto comunitario di abuso del diritto in una recente circolare delle Entrate sull'elusione nell'IVA*, in *Lo Stato civile italiano*, 2008, p. 115 ss.

LUPI, *Diritto tributario. Oggetto economico e metodo giuridico nella teoria della tassazione*, Milano, 2009, p. 195 ss.

LUZZATTO, *La libera prestazione dei servizi bancari nella CEE ed il principio del mutuo riconoscimento degli enti creditizi*, in *il Foro it.*, 1990, p. 443 ss.

MAISTO, *Il regime tributario dei dividendi nei rapporti tra società madri e società figlie*, Milano, 1996, p. 17 ss.

MAISTO (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario: orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, Milano, 2009.

MANZELLA, *Riscrivere i diritti in Europa: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001.

MARELLO, *Il problema della frode alla legge nel diritto tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 1991, p. 8 ss.

MARGIOTTA, VONK, *Doppia cittadinanza e cittadinanza duale: normative degli Stati membri e cittadinanza europea*, in *Dir. imm. e citt.*, 2010, p. 13 ss.

MARTIN, *La revisione del diritto europeo del consumatore: l'attuazione nei Paesi membri della direttiva sulle clausole abusive (93/13/CEE) e le prospettive d'ulteriore armonizzazione*, in *Contr. e impresa eur.*, 2007, p. 696 ss.

MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà nel "Progetto di Trattato che istituisce una costituzione per l'Europa"*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, p. 1220 ss.

MASSIMINO, *L'orientamento della Corte di giustizia in materia di procedura di mutuo riconoscimento per farmaci generici e la responsabilità dello Stato membro*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, p. 362 ss.

MASTROIANNI, *Il diritto comunitario e le trasmissioni televisive*, in *Dir. com. e degli scambi int.*, 1996, p. 170 ss.

MASTROIANNI, *La libertà di prestazione dei servizi nella giurisprudenza comunitaria: i principi generali*, in *Studi sull'int. eur.*, 2007, p. 523 ss.

MASTROIANNI, *La tutela dei diritti nell'ordinamento comunitario: alcune osservazioni critiche*, in *Dir. un. eur.*, 2008, p. 851 ss.

MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, Torino, 2009.

MASTROIANNI, STROZZI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, 2011, p. 202 e ss.

MATTERA, *Le principe de la reconnaissance mutuelle et le respect des identités nationales, régionale set locales*, in AA.VV., MÉLENGES, BRUYLANT, 2003, p. 287 ss.

MAUBLANC, *Réévaluation de l'abus de droit à la lumière de la jurisprudence communautaire sur les pratiques abusive*, in *Rev. mar. com. et de l'union eur.*, 2007, p. 267 ss.

MAZZA, *Diffusione televisiva e disciplina comunitaria della concorrenza*, Milano, 2006, p. 25 ss.

MECHELLI, *Libertà di stabilimento per le società comunitarie e diritto societario dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, p. 83 ss.

MENEZ CORDEIRO, *Teoria General do Direito Civil*, Lisbona, 1988, p. 376 ss.

MENGOZZI, *La Rule of Law ed il diritto comunitario di formazione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. eu.*, 1992, pag. 517 ss.

MENGOZZI, *La tutela davanti ai giudici nazionali dei diritti riconosciuti ai singoli ed i principi generali del diritto dell'Unione*, in *Dir. un. eur.*, 2011, p. 112 ss.

MERUZZI, *L'exceptio dolida del diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, p. 338 ss.

MEYER, HEINE, *Les apports de la nouvelle directive Télévision sans frontières du 30 juin 1997 entrée en vigueur le 31 décembre 1998*, in *Rev. trim. droit eur.*, 1999, p. 95 ss.

MICELI, *Riflessioni sull'efficacia del giudicato tributario alla luce della recente sentenza Olimpclub*, in *Rass. trib.*, 2009, p. 1839 ss.

MIELE, *Considerazioni sulle modifiche alla direttiva "madri" e "figlie"*, in *Corr. trib.*, 2005, p. 2670 ss.

MONTANARI, TRIGGIANI, *La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale*, in *Studi sull'int. eur.*, 2006, p. 435 ss.

MONTANARI, TRIGGIANI, *I limiti europei alla disciplina nazionale della cittadinanza*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2010, p. 948 ss.

MOSCHETTI, *Avvisaglie di supplenza del giudiziario al legislativo, nelle sentenze delle Sezioni Unite in tema di utilizzo abusivo di norme fiscali di favore*, in *Giur. trib.*, 2009, p. 197 ss.

MOSCONI, *La difesa dell'armonia interna della legge del foro tra legge italiana, convenzioni internazionali e regolamenti comunitari*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2007, p. 5 ss.

MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2007, p. 277 ss.

MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2000, p. 559 ss.

MUNARI, *Le regole di concorrenza nel sistema del Trattato – Le intese restrittive della concorrenza – Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante detenuta sul mercato*, in TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, II, Torino, 2006, p. 1459 ss.

NASCIMBENE, *Proposte di riforma delle norme sulla cittadinanza*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2004, p. 555 ss.

NESPOR, *Riconoscimento dei diplomi e libera circolazione dei lavoratori*, in *DL – Riv. critica dir. lav. priv. e pubbl.*, 2010, p. 371 ss.

NICOLAIDIS, *Mutual Recognition of Regulatory Regimes: Some Lessons and Prospects*, *Jean Monnet working Paper*, 1997, p. 3 ss.

NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Padova, 2005.

NICOLIN, SANTIAGO, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, in *Eurolex*, Madrid, 1999, p. 432 ss.

NICOLUSSI, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, in PLAIA (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Milano, 2007, p. 1 ss.

NUZZO, *Elusione, abuso dello strumento negoziale, fraudolenza*, in *Rass. trib.*, 1996, p. 1314 ss.

O'DONOGHUE, PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford, 2005.

ORSELLO, *Il principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione europea*, Roma, 1993.

ORTINO, *Il mutuo riconoscimento e l'integrazione comunitaria dei mercati dei servizi finanziari*, in *Banca Impresa Società*, 2006, p. 185 ss.

PANZERA, *Sistema bancario italiano e ordinamento comunitario*, Milano, 1991.

PAROLINI, *Commenti a margine sulla Dottrina dell'abuso del diritto applicata all'imposta sul valore aggiunto*, in MAISTO (a cura di), *Elusione e abuso del diritto tributario*, in *Quad. dir. trib.*, 2009, Milano, p. 407 ss.

PASTORE, *Tradizione e diritto*, Torino, 1990, p. 205 ss.

PATTI, *Abuso del diritto*, in *Digesto IV, Discipline privatistiche, Sez. Civile*, Torino, 1987, p. 3 ss.

PEDROTTI, *Il principio giurisprudenziale dell'abuso del diritto nell'imposizione diretta*, in *Dir. prat. trib.*, 2010, p. 598 ss.

PANEBIANCO, *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2001, p. 508 ss.

PEARSON, *EC Banking Law General Introducing*, in VAN EMPEL, SMITS, *Banking and EC Law*, The Hague, 2001.

PENSABENE, LIONTI, *Trattato di Lisbona e diritti fondamentali: nuove prospettive con riferimento alla Carta di Nizza ed al rapporto tra Unione Europea e CEDU*, in *Nuove Autonomie*, 2010, p. 381 ss.

PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra ordinamenti? Riflessioni sul «caso Centros»*, in *Riv. dir. soc.*, 2001, p. 1293 ss.

PESCATORE, *Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice*, in *Miscellanées W.J. Gandshof van der Meersch*, Bruxelles, 1972, p. 326 ss.

PIANTAVIGNA, *Abuso del diritto e fiscalità della giurisprudenza comunitaria: un'ipotesi di studio*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2009, p. 369 ss.

PIANTAVIGNA: *Conference Report: Prohibition of Abuse of Law, A new general Principle of EU Law? 3-4 October 2008*, Oxford (UK), in *Intertax*, 2009, p. 166 ss.

PIANTAVIGNA, *Abuso del diritto fiscale nell'ordinamento europeo*, Torino, 2011.

PIANTAVIGNA, *Divieto di abuso del diritto: un nuovo principio generale nell'ordinamento comunitario?*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2009, p. 122 ss.

PIANTAVIGNA, *Effettività del diritto comunitario in un caso di paradigmaticodi VAT planning*, in *Riv. dir. fin. e scienza fin.*, 2009, p. 74 ss.

PINELLI, *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità*, in *Dir. un. eur.*, 1999, p. 725 ss.

PINTO, *La libera prestazioni di servizi tra restrizioni procedurali e giustificazioni*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, p. 89 ss.

PISTONE, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Padova, 1995.

PISTONE, *Abuso del diritto ed elusione fiscale: l'impatto del diritto comunitario sull'ordinamento tributario italiano*, in AA.VV., *Atti del convegno per gli 80 anni di Diritto e Pratica Tributaria*, Padova, 2007, p. 91 ss.

PISTONE, *Il divieto di abuso come principio del diritto tributario comunitario e la sua influenza sulla giurisprudenza tributaria nazionale*, in MAISTO (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario*, in *Quad. riv. dir. trib.*, 2009, p 311 ss.

PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1939, p. 269 ss.

POCAR, *Mercato interno e Atto Unico Europeo*, in VALENTI (a cura di) *Integrazione europea e promozione dei diritti umani*, Perugia, 1997, p. 59 ss.

POGGIOLI, *La Corte di Giustizia elabora il concetto di "comportamento abusivo" in materia di IVA e ne tratteggia le conseguenze sul piano impositivo: un'epifania di una clausola generale antielusiva di matrice comunitaria?*, in *Riv. dir. trib.*, 2006, p. 122 ss.

POGGIOLI, *Il divieto di abuso del diritto nel prisma della giurisprudenza comunitaria in materia fiscale*, in TASSANI (a cura di), *Attuazione del tributo e diritti del contribuente in Europa*, Roma 2009, p. 137 ss.

POLLICINO, SCIARABBA, *La Carta di Nizza oggi, tra "sdoganamento giurisprudenziale" e Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 101 ss.

PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo: la cooperazione pluridirezionale*, Bologna, 2008, p. 5 ss.

PORCHIA, *La sussidiarietà attraverso il riordino delle competenze? Il Trattato di riforma e la ripartizione delle competenze – Subsidiarity through Competences' Re-Organization? The Reform Treaty and the Distribution of Competences*, in *Studi int. eur.*, 2010, p. 631 ss.

PUGLIATTI, *Nota su continuo e discontinuo*, in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 354 ss.

RADICATI DI BROZOLO, *L'Italia ed il mercato unico dei servizi bancari (Un primo esame delle norme di attuazione della seconda Direttiva bancaria)*, in *Banca borsa e titoli cred.*, 1993, p. 465 ss.

RAIMONDI, *Unione Europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona.*, in *I diritti dell'uomo*, 2010, p. 31 ss.

RANGONE, *Principi comunitari e disciplina interna della concorrenza: l'abuso di posizione dominante in un'analisi per casi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, p. 1305 ss.

RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della Dottrina tedesca del *Rechtmiss brauch**, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, p. 1216 ss.

RAPISARDA, *La prevalenza del principio del divieto di "abuso del diritto" in ambito Iva*, in *Il fisco*, 2010, p. 1493 ss.

RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 205 ss.

RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, p. 64 ss.

RHODE, *L'abuso del diritto nell'IVA ed i principi di proporzionalità, neutralità e certezza del diritto*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, p. 79 ss.

RISPOLI, *Azione di arricchimento e sussidiarietà*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1790 ss.

ROMANO, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, 1958, p. 166 ss.

RONZITTI, *Il mercato unico europeo nel settore bancario – incidenza sugli ordinamenti italiano e spagnoli*, Roma, 1992.

ROSSI, *Il buon funzionamento del mercato comune*, Milano 1990, p. 26 ss.

ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Milano, 2003.

ROTONDI, *L'abuso di diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 230 ss.

RUGGERI, *Fonti europee e fonti nazionali al giro di boa di Lisbona: ritorno al passato o avventura nel futuro?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 124 ss.

RUGGERI, *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni, nella prospettiva di un'Europa unita*, in *Dir. un. eur.*, 2010, p. 869 ss.

RUIZ ALMENDRAL, *Tax Avoidance and the European Court of Justice: what is at stake for European General Anti – Avoidance Rules?*, in *Intertax*, 2005, p. 580 ss.

RUSSO, *Brevi note in tema di disposizioni antielusive*, in *Rass. trib.*, 1999, p. 68 ss.

SALERNO, *Principi generali di diritto (Diritto internazionale)*, *Digesto IV, Discipline pubblicistiche*, 1996, p. 524 ss.

SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova, 2006, p. 1 ss.

SALTARI, *Trattato di Lisbona. Il riparto di competenze tra l'Unione Europea e gli Stati: ossificazione o fluidità?*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, p. 231 ss.

SALVI, *Abuso del diritto*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988.

SANTORO, PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, p. 76 ss.

SCERNI, *L'abuso del diritto nei rapporti internazionali*, Roma, 1930.

SCHIOPPA PADOA, *Il mutuo riconoscimento e il mercato del lavoro europeo*, in *Il Mulino*, 2001, p. 1076 ss.

SCHMIDT, *So close and yet so far: the paradox of mutual recognition*, in *Journ. eur. pub. policy*, 2007, p. 814 ss.

SCHÖNBERGER, *European Citizenship as federal citizenship. Some citizenship lesson of comparative federalism*, in *Eur. Rev. Public Law*, 2007, p. 3 ss.

SINA, *Certezza del diritto e leale cooperazione. Quando due principi dell'ordinamento comunitario muovono apparentemente in direzioni contrapposte*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 907 ss.

SINNOTT, *Integration theory, subsidiary and the internationalization of issues: the implication for legitimacy*, Firenze, 1994.

SIRAGUSA, GUERRI, *L'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE in seguito all'introduzione del Regolamento 1/2003*, in *Dir. ind.*, 2004, p. 348 ss.

SORESEN, *Company tax reform in the European Union*, in *Int. tax and publ. fin.*, 2004, p. 11 ss.

SORENSEN, *Abuse of Rights in Community Law. A Principle of Substance or Merely Rhetoric*, in *Com. mar. law. rew.*, 2006, p. 440 ss.

SPIELMANN, *La Convention européenne des droits de l'homme et l'abus de droit*, in *Mélanges en hommage à L.E. Pettiti*, Bruxelles, 1998, p. 673 ss.

STARITA, *I principi democratici nel diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2011, p. 130 ss.

STEVANATO, LUPI, *Elusione fiscale tra anomalia dei comportamenti civilistici e frode allo spirito della legge tributaria*, in *Dial. dir. trib.*, 2006, p. 241 ss.

STEVANATO, *La norma antielusiva nei pareri del Comitato per l'interpello*, in *Dir. prat. trib.*, 2002, p. 219 ss.

STIZZA, *International tax avoidance and the abuse of law in European Union*, in SACCHETTO, BARASSI (a cura di), *Introduction to comparative tax law*, Torino, 2008, p. 87 e ss.

STRADELLA, *L'applicazione dell'art. 82 TCE agli sconti-obiettivo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, p. 1414 ss.

STROZZI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1994, p. 136 ss.

STROZZI, *Il principio di sussidiarietà nel futuro dell'integrazione europea: un'incognita e molte aspettative*, in *Jus*, 1994, p. 359 ss.

SYMEONIDES, *The General Principles of The Civil Law*, in KERAMEUS, *Introduction to Greek Law*, Deventer, Boston, 1993, p. 60 ss.

TABELLINI, *Elusione fiscale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1999, p. 545 ss.

TESAURO, *Compendio di diritto tributario*, Torino, 2002.

TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario, Parte generale*, Milano, 2006, p. 251 ss.

TESAURO, *Divieto comunitario di abuso del diritto (fiscale) e vincolo da giudicato esterno incompatibile con il diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1029 ss.

TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. un. eur.*, 2009, p. 195 ss.

TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010, p. 390 ss.

TIZZANO, *Regolamentazione radiotelevisiva italiana e diritto comunitario*, in *il Foro it.*, 1986, p. 466 ss.

TIZZANO, *L'atto unico europeo e la realizzazione del mercato interno*, in *il Foro it.*, 1989, p. 75 ss.

TIZZANO, *La seconda direttiva banche e il mercato unico dei servizi finanziari*, in *il Foro it.*, 1990, p. 423 ss.

TIZZANO, *La hiérarchie des normes communautaires*, in *Rev. mar. un. eur.*, 1995, p. 219 ss.

TIZZANO, *Note sulla recente giurisprudenza della Corte comunitaria*, in *Dir. un. eur.*, 2002, p. 535 ss.

TIZZANO, *Alle origini della cittadinanza europea*, in *Dir. un. eur.*, 2010, p. 1031 ss.

TRACHTMAN, *Embedding mutual recognition at the WTO*, in *Journ. eur. pub. policy*, 2007, p. 780 ss.

TREMONTI, *Autonomia contrattuale e normativa tributaria; il problema dell'elusione tributaria*, in *Riv. dir. fin.*, 1986, p. 369 ss.

TRANTAFYLLOU, *Abuse of rights versus primacy?*, in *Comm. mar. law rev.*, 1999, p. 157 ss.

TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006, p. 6 ss.

TORCHIA, *Concorrenza fra ordinamenti e diritto amministrativo nell'ordinamento europeo*, in ZOPPINI, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Bari, 2004, p. 190 ss.

TORCHIA, *Il governo delle differenze: il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, 2006.

TORRENTE, SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1999, p. 62 ss.

UCKMAR, *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2005, p. 813 ss.

USHER, *The law of Money and Financial Services in the EC*, Oxford, 2000, p. 95 ss.

VALENTE, BORIA, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2010, p. 240 ss.

VAN DER ESCH, *The competition of the internal Market in Goods and Services according to art. 8 A ECC Treaty and the White Paper: Some legal Comments*, in *Rev. droit aff. int.*, 1994, p. 8 ss.

VANZ, *L'elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica*, in *Rass. trib.*, 2002, p. 1612 ss.

VASAPOLLI A., VASAPOLLI G., *Dividendi distribuiti da società figlie residenti nell'UE*, in *Corr. trib.*, 2000, p. 2969 ss.

VECCHIO, *La partecipazione delle assemblee parlamentari regionali nella fase ascendente di formazione del diritto comunitario: spunti di riflessione dal modello spagnolo*, in *Quad. reg.*, 2010, p. 573 ss.

VERLOREN VAN THEMAAT, in BIERBER, 1992: *One European Market*, Baden-Baden, 1998, p. 109 ss.

VERMED, *The Court of Justice of the European Communities and Direct Taxes: "Est ce que la justice est ce mond"?*, in *EC tax rev.*, 1996, p. 665 ss.

VIARENGO, *La legge applicabile al lavoratore distaccato in un altro Stato membro nell'ambito di una prestazione diservizi*, in NASCIMBENE, *La libera circolazione dei lavoratori: trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, Milano, 1998, p. 175 ss.

VITALE, *Il principio dell'autonomia procedurale in due recenti sentenze della Corte di giustizia: i casi Olimpiclub e Asturcom*, in *Dir. un. eur.*, 2010, p. 727 ss.

VOGENAUER, *The Prohibition of Abuse of Law: An Emerging General Principle of EU Law*, in DE LA FERIA, VOGENAUER (edited by), *Prohibition of Abuse of Law. A*

New General Principle of EU Law?, Oxford, 2011, p. 520 ss.

VON BOGDANY, *I principi fondamentali dell'Unione europea: un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, 2011, p. 1 ss.

VOTANO, *TV europea senza frontiera atto secondo*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1997, p. 994 ss.

WATTEL, *Case Note on TV10: Circumvention of National Law – Abuse of Community Law?*, in *Com. mark. law rev.*, 1995, p. 1257 ss.

WEBER, *Il futuro della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 31 ss.

WEIGMANN (nota di), in *Giur. it.*, 2000, p. 767 ss.

WESTKAMP, *Balancing database sui generis right protection with European monologue control under article 82 EC*, in *Eur. comp. law rev.*, 2001, p. 13 ss.

WHITTAKER, ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000, p. 18 ss.

WIEACKER, *Zuerechtsheoretischen Prazisierung des 242 Bgb*, Tubingen 1956, in *Kleinejuristische Schriften*, Gottingen, 1998, p. 43 ss.

WOLFF, *The Commission's Programme for Company Law Harmonization: The Winding Road to a Uniform*

European Company Law, in ADENAS, KEYON, SLADE, *E.C. financial Market Regulation and Company Law*, Londra, 1993, p. 19 ss.

WYMEERSCH, *Centros: A Landmark decision in European Company Law*, in BAUMS, HOPT, HORN (a cura di), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law. Liber Amicorum Richard M. Buxbaum*, London, 2000, p. 629 ss.

ZEPELLI, *Fusione intracomunitaria e principio di neutralità*, in *Corr. trib.*, 2009, p. 943 ss.

ZIZZO, *Elusione ed evasione tributaria*, in *Diz. dir. pub.*, diretto da CASSESE, Milano, 2006, p. 2173 ss.

ZIZZO, *Clausola antielusiva e capacità contributiva*, in *Rass. trib.*, 2009, p. 491 ss.

ZOPPINI, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Bari, 2004.

ZULEEG, *Les répartitions des compétences entre la Communauté et ses Etats membres*, Lièges, 1973.

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

A. CORTE DI GIUSTIZIA E TRIBUNALE DELL'UNIONE EUROPEA

Sulla natura dei Trattati istitutivi della Comunità Europea/Unione Europea

- Corte di Giustizia, sentenza 23 aprile 1986, causa C-294/83, *Parti écologisteLesVerts c. Parlamento europeo*.

Sui limiti di revisione dei Trattati

- Corte di Giustizia, sentenza 9 aprile 1976, causa C- 43/75, *Defrenne*;
- Tribunale di primo grado, ordinanza 14 luglio 1994, cause riunite T-584/93 e T-179/94, *Roujansky e Bonnamy c. Consiglio*;
- Tribunale di primo grado, ordinanza 15 maggio 1997, causa T-175/96, *Berthu c. Commissione*.

Sulla natura dei Protocolli allegati ai Trattati

- Corte di Giustizia, sentenza 23 aprile 1956, cause riunite C-7 e 9/54, *Groupement des industries sidérurgiques luxembourgeoises c. Alta Autorità*;
- Tribunale di primo grado, sentenza 27 giugno 2001, cause riunite T-164/99, T-37/00 e T-38/00, *Leroy e a. c. Consiglio*;
- Corte di Giustizia, sentenza 11 settembre 2003, causa C-445/00, *Austria c. Consiglio*;

- Tribunale di primo grado, sentenza 23 febbraio 2011, cause riunite T-7/98, T-208/98 e T-109/99, *De Nicola c. BEI*.

Sul rapporto tra ordinamento europeo e ordinamento internazionale

- Corte di Giustizia, sentenza 3 giugno 2008, causa C-308/06, *Intertanko*;
- Corte di Giustizia, sentenza 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 e C-415/05, *Kadi*.

Sul rapporto tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali

- Corte di Giustizia, sentenza 5 febbraio 1963, causa C-26/62, *Van Gend & Loos*;
- Corte di Giustizia, sentenza 15 luglio 1964, causa C-6/64, *Costa c. ENEL*;
- Corte di Giustizia, sentenza 18 maggio 1982, causa C-155/79, *AM. & S.*

Sulla concorrenza tra gli ordinamenti giuridici nazionali

- Corte di Giustizia, sentenza 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros Ltd.*

Sul valore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea

- Corte di Giustizia, ordinanza 18 ottobre 2002, causa C-232/02, *Commissione c. Technische Glaswerke*;

- Corte di Giustizia, sentenza 27 ottobre 2006, causa C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*;
- Corte di Giustizia, sentenza 11 dicembre 2007, causa C-438/05, *Viking*;
- Corte di Giustizia, sentenza 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*;
- Tribunale di primo grado, sentenza 9 luglio 2003, causa T-224/00, *Archer Daniels Midland Company*;
- Tribunale di primo grado, sentenza 15 gennaio 2003, cause riunite T-377/00, T-379/00, T-260/01 e T-272/01, *Philip Morris*.

Sugli effetti delle direttive europee

- Corte di Giustizia, sentenza 12 novembre 1969, causa C-29/69, *Stauer*;
- Corte di Giustizia, sentenza 17 dicembre 1970, causa C-11/70, *International Handelsgesellschaft*;
- Corte di Giustizia, sentenza 24 settembre 1975, causa C-4/73, *Nold*;
- Corte di Giustizia, sentenza 28 ottobre 1975, causa C-36/75, *Rutili*;
- Corte di Giustizia, sentenza 13 dicembre 1979, causa C-44/79, *Hauer*;
- Corte di Giustizia, sentenza 11 giugno 1987, causa C-14/86, *Pretore di Salò/X*;
- Corte di Giustizia, sentenza 8 ottobre 1987, causa C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*;

- Corte di Giustizia, sentenza 26 settembre 1996, causa C-168/95, *Arcaro*;
- Corte di Giustizia, sentenza 17 dicembre 1998, causa C-185/95, *Baustahlgewerbe*;
- Corte di Giustizia, sentenza 11 luglio 2002, causa C-60/00, *Carpenter*;
- Corte di Giustizia, sentenza 22 ottobre 2002, causa C-94/00, *RoquetteFrères*;
- Corte di Giustizia, sentenza 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*;
- Corte di Giustizia, sentenza 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a*;
- Corte di Giustizia, sentenza 12 dicembre 2006, causa C-380/03, *Germania c. Parlamento e Consiglio*;
- Corte di Giustizia, sentenza 25 gennaio 2007, causa C-370/05, *Festersen*;
- Corte di Giustizia, sentenza 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet*;
- Corte di Giustizia, sentenza 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*;
- Corte di Giustizia, sentenza 26 giugno 2007, causa C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophones*;
- Corte di Giustizia, sentenza 18 luglio 2007, causa C-325/05, *Derin*;
- Tribunale di primo grado, sentenza 5 agosto 2003, cause riunite T-116/01 e T-118/01, *P e O*

European Ferries e Diputacion Foral de Vizcaya;

- Tribunale di primo grado, sentenza 8 luglio 2004, cause riunite T-67/00, T-68/00, T-71/00 e T-78/00, *Engineering Corp. e a.*

Il procedimento di annullamento

a) Sul procedimento di annullamento in generale

- Corte di Giustizia, sentenza 21 dicembre 1954, causa C-1/54, *Francia c. Alta Autorità*;
- Corte di Giustizia, sentenza 16 luglio 1956, causa C-8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique*.

b) Sul vizio di incompetenza

- Corte di Giustizia, sentenza 13 luglio 2000, causa C-210/98, *Salzgitter*.

c) Sul vizio della violazione delle forme sostanziali

- Corte di Giustizia, sentenza 31 marzo 1965, causa C-21/64, *Macchiorlati Dalms e Figlio*;
- Corte di Giustizia, sentenza 8 luglio 1965, causa C-27/64, *Fonzi c. Commissione CEEA*;
- Corte di Giustizia, sentenza 13 luglio 1965, causa C-111/63, *Lemmerz Werke*;
- Corte di Giustizia, sentenza 13 luglio 1965, causa C-39/64, *Société des aciéries du Temple*;

- Corte di Giustizia, sentenza 20 febbraio 1997, causa C-166/95 P, *Daffix*;
- Corte di Giustizia, sentenza 2 aprile 1998, causa C-367/95 P, *Sytraval e Brink's France*;
- Corte di Giustizia, sentenza 10 dicembre 2002, causa C-491/01, *British American Tobacco (investments) e Imperial Tobacco*;
- Corte di Giustizia, sentenza 3 luglio 2003, causa C-457/00, *Belgio c. Commissione*;
- Corte di Giustizia, sentenza 10 luglio 2008, causa C-413/06 P, *Bertelsmann e Sony Corporation of America c. Impala*;
- Corte di Giustizia, sentenza 11 dicembre 2008, causa C-295/07 P, *Commissione c. Département du Loiret*.

d) Sul vizio della violazione del Trattato o di norme relative alla sua applicazione

- Corte di Giustizia, sentenza 14 luglio 1972, causa C-48/96, *ICI c. Commissione*;
- Corte di Giustizia, sentenza 5 ottobre 1994, causa C-280/91, *Germania c. Consiglio*;
- Corte di Giustizia, sentenza 15 aprile 1997, causa C-27/95, *Bakers of Nilsea*;
- Corte di Giustizia, sentenza 16 giugno 1998, causa C-162/98, *Racke III*;
- Corte di Giustizia, sentenza 30 settembre 2003, causa C-93/02, *Biret c. Consiglio*;

- Tribunale di primo grado, sentenza 14 dicembre 2005, causa T-135/01, *Fedon c. Consiglio e Commissione*;
- Tribunale di primo grado, sentenza 14 dicembre 2005, causa T-383/00, *Beamglow c Parlamento e a.)*.

e) Sul vizio dello sviamento di potere

- Corte di Giustizia, sentenza 21 marzo 1955, causa C-6/54, *Paesi Bassi c. Alta Autorità*;
- Corte di Giustizia, sentenza 12 giugno 1958, causa C-2/57, *Compagnie des Hauts Fourneaux de Chase*;
- Corte di Giustizia, sentenza 21 giugno 1958, causa C-8/57, *Groupement des hauts fourneaux et aciéries belges*;
- Corte di Giustizia, sentenza 16 dicembre 1960, causa C-44/59, *Rudolf Pieter Marie Fiddelaar*;
- Corte di Giustizia, sentenza 13 luglio 1962, cause 17 e 20/61, *Klöckner-Werke AG e Hoesch AG*;
- Corte di Giustizia, sentenza 17 luglio 1963, causa C-13/63, *Italia c. Commissione*;
- Corte di Giustizia sentenza 31 marzo 1965, cause riunite C-12 e 29/64, *Ernest Ley*;
- Corte di Giustizia, sentenza 15 maggio 2008, causa C-442/04, *Spagna c. Consiglio*.

Abuso di posizione dominante ex art. 102 TFUE

a) Sulla nozione di posizione dominante

- Corte di Giustizia, sentenza 13 febbraio 1979, causa C-85/76, *Hoffmann La Roche*;
- Corte di Giustizia, sentenza 11 dicembre 1980, causa C-31/80, *L'Oréal*;
- Corte di Giustizia, sentenza 9 novembre 1983, causa C-322/81, *Michelin*;
- Corte di Giustizia, sentenza 14 novembre 1996, causa C-333/94 P, *Tetra Pak III*;
- Corte di Giustizia, sentenza 10 dicembre 1990, causa C-170/90, *Merci convenzionali Porto di Genova*;
- Corte di Giustizia sentenza 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner*;
- Tribunale di primo grado, sentenza 6 ottobre 1994, causa T-83/91, *Tetra Pak II*;
- Tribunale di primo grado, sentenza 21 settembre 1997, causa T-229/94, *Deutsche Bahn*;
- Tribunale di primo grado, sentenza 12 dicembre 2000, causa T-128/98, *Aéroports de Paris*;
- Corte di Giustizia, sentenza 5 ottobre, causa C-323/93, *La Crespelle*.

b) Sulla nozione di posizione dominante di gruppo

- Tribunale di primo grado, sentenza 1° aprile 1993, causa T-65/89, *BPB Industries*.

c) Sulla nozione di posizione dominante collettiva

- Corte di Giustizia, sentenza 16 marzo 2000, causa C- 395/96, *Compagnie maritimes belges*;
- Tribunale di primo grado, sentenza 10 marzo 1992, cause riunite T-68, 77 e 78/89, *SIV*.

d) Sulla nozione di impresa ai sensi dell'art. 102 TFUE

- Corte di Giustizia, sentenza 9 giugno 1971, causa C-78/70, *Deutsche Grammophon*;
- Corte di Giustizia, sentenza 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Hoefner*;
- Corte di Giustizia, sentenza 17 febbraio 1993, causa C-159 e 160/91, *Poucet e Pistre*;
- Corte di Giustizia, sentenza 19 maggio 1993, causa C-320/91, *Corbeau*;
- Corte di Giustizia, sentenza 19 gennaio 1994, causa C-363/92, *Eurocontrol*;
- Corte di Giustizia, sentenza 18 marzo 1997, causa C-343/95, *Calì*;
- Corte di Giustizia, sentenza 11 dicembre 1997, causa C-55/96, *Job Centre*;
- Corte di Giustizia, sentenza 12 settembre 2000, causa C-180 e 184/98, *Pavlov*;
- Corte di Giustizia, sentenza 19 febbraio 2001, causa C-35/99, *Arduino*;

- Corte di Giustizia, sentenza 22 gennaio 2002, causa C-218/00, *Cisal*;
- Corte di Giustizia, sentenza 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *Wouters*;
- Corte di Giustizia, sentenza 16 marzo 2004, cause C-264, 306, 354 e 355/01, *AOKB unde sverband e a*;
- Tribunale di primo grado, sentenza 4 marzo 2003, causa T-319/99, *Fenin*.

e) Sulla nozione di sfruttamento abusivo di posizione dominante

- Corte di Giustizia, sentenza 21 febbraio 1973, causa C-6/72, *Continental Can*;
- Corte di Giustizia, sentenza 14 febbraio 1978, causa C- 27/76, *United Brands United Brands Company e United Brands Continentaal B.V. c. Commissione*;
- Corte di Giustizia, sentenza 3 luglio 1991, causa C- 62/86, *AKZO*;
- Corte di Giustizia, ordinanza 28 settembre 2006, causa C-552/03 P, *Unilever Bestfoods Ltd*;
- Corte di Giustizia, sentenza 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British Airways*;
- Tribunale di primo grado, sentenza 10 luglio 1990, causa T-51/89, *Tetra Pak*;
- Tribunale di primo grado, sentenza 7 ottobre 1999, causa T-228/97, *Irish Sugar*;

- Tribunale di primo grado, sentenza 12 dicembre 2006, causa T-155/04, *Selex*.

Sulla nozione di mercato interno

- Corte di Giustizia, sentenza 9 febbraio 1982, C-270/80, *Polydor*;
- Corte di Giustizia, sentenza 5 maggio 1982, C-15/81, *Schul*.

La Corte di Giustizia UE

a) Sull'attività interpretativa della Corte di Giustizia UE

- Corte di Giustizia, sentenza 6 ottobre 1982, causa C-283/81, *Cilfit*;
- Corte di Giustizia, sentenza 17 novembre 1983, causa C-292/82, *Merck*;
- Corte di Giustizia, sentenza 21 febbraio 1984, causa C-337/82, *Nikolaus Brennei und Likorfabrik*;
- Corte di Giustizia, sentenza 14 ottobre 1999, causa C-223/98, *Adidas*;
- Corte di Giustizia, sentenza 24 febbraio 2000, causa C-434/97, *Commissione c. Francia*;
- Corte di Giustizia, sentenza 14 giugno 2001, causa C-191/99, *Kvaerner*;
- Corte di Giustizia, sentenza 7 giugno 2005, causa C-17/03, *VEMN*.

b) Sul principio di solidarietà

- Corte di Giustizia, sentenza 10 dicembre 1969, causa C-6 e 11/69, *Rediscount Rate*;
- Corte di Giustizia, sentenza 7 febbraio 1973, causa C-39/72, *Commissione c. Italia*;
- Corte di Giustizia, sentenza 5 maggio 1981, causa C-804/79, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*.

c) Sul principio dell'effetto utile

- Corte di Giustizia, sentenza 8 giugno 1971, causa C-78/70, *Deutsche Grammophon*;
- Corte di Giustizia, sentenza 5 aprile 1979, causa C-146/78, *Ratti*.

d) Sul principio di sussidiarietà

- Corte di Giustizia, sentenza 13 maggio 1997, causa C-233/94, *Germania c. Parlamento e Consiglio*;
- Corte di Giustizia, sentenza 9 ottobre 2001, causa C-377/98, *Paesi Bassi c. Parlamento*;
- Corte di Giustizia, sentenza 10 dicembre 2002, causa C-491/01, *The Queen c. Secretary of State for Health, ex parte: British American Tobacco Investments Ltd e Imperial Tobacco*.

e) Sul principio di proporzionalità

- Corte di Giustizia, sentenza 18 novembre 1987, causa C-137/85, *Maizena*;

- Corte di Giustizia, 12 novembre 1996, causa C-84-94, *Regno Unito c. Consiglio*;
- Corte di Giustizia, sentenza 12 luglio 2002, causa C-210/00, *Kaiserei Ghampignon Hofmeister*;
- Corte di Giustizia, sentenza 10 dicembre 2002, C-491/01, *The Queen c. Secretary of State for Health, ex parte: British American Tobacco Investments Ltd e Imperial Tobacco*.

f) Sul principio del mutuo riconoscimento

- Corte di Giustizia, sentenza 20 febbraio 1979, causa C-120/78, *Cassis de Dijon*;
- Corte di Giustizia, sentenza 21 giugno 1980, causa C-788/79, *Aceto*;
- Corte di Giustizia, sentenza 26 giugno 1980, causa C-788/79, *Gilli*;
- Corte di Giustizia, sentenza 10 novembre 1980, causa C-261/80, *Rau*;
- Corte di Giustizia, sentenza 16 dicembre 1980, causa C-27/80, *Fietje*;
- Corte di Giustizia, sentenza 9 dicembre 1981, causa C-183/80, *Aceto II*;
- Corte di Giustizia sentenza 7 febbraio 1985, causa C-240/83, *ADBHU*;
- Corte di Giustizia, sentenza 11 luglio 1985, causa riunite C-60 e 61/84, *Société Cinéthèque S.A. e altri c. Fédération National des Cinémas Français*;

- Corte di Giustizia, sentenza 15 ottobre 1985, C-281/83, *Commissione c. Italia*;
- Corte di Giustizia, sentenza 12 marzo 1987, causa C-178/84, *Commissione c. Germania*;
- Corte di Giustizia, sentenza 14 luglio 1988, causa C-298/87, *Smanor*;
- Corte di Giustizia, sentenza 11 maggio 1989, causa C-25/88, *Wurmser*;
- Corte di Giustizia, sentenza 13 marzo 1997, causa C-385/95, *Morellato*;
- Corte di Giustizia, sentenza 8 maggio 2003, causa C-6/01, *Atral*.

g) Sul principio di equità

- Corte di Giustizia, sentenza 15 marzo 1973, causa C-37/72, *Marcato*;
- Corte di Giustizia, sentenza 20 febbraio 1975, causa C-64/74, *Firma*;
- Corte di Giustizia, sentenza 4 dicembre 1975, causa C-31/75, *Costacurta*.

h) Sul principio del ne bis idem

- Corte di Giustizia, sentenza 5 maggio 1966, cause riunite C-18 e 35/65, *Gutmann*;
- Corte di Giustizia, sentenza 13 febbraio 1969, causa C-14/68, *Walt Wilhelm*;
- Corte di Giustizia, sentenza 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gozutok e Brugge*;

- Corte di Giustizia, sentenza 28 settembre 2006, causa C-308/06, *Gasparini*.

i) Sul principio del legittimo affidamento

- Corte di Giustizia, sentenza 16 maggio 1979, causa C-74/78, *Tomadini*;
- Corte di Giustizia, sentenza 30 novembre 1983, causa C-235/82, *Ferreire San Carlo*;
- Corte di Giustizia, sentenza 24 novembre 1987, causa C-223/85, *RVS*;
- Corte di Giustizia, sentenza 19 maggio 1992, causa C-104/89, *Mulder*;
- Corte di Giustizia, sentenza 15 aprile 1997, causa C-22/94, *Irish Farmers*;
- Corte di Giustizia, sentenza 8 giugno 2000, causa C-396/98, *Schloßstraße GbR*;
- Corte di Giustizia, sentenza 29 aprile 2004, cause riunite C-487/01 e C-7/02, *Gemeente Leusden e Holin Groep BV vs Staats secretaris van Financiën*;
- Corte di Giustizia, sentenza 15 luglio 2004, cause riunite C-37 e 38/02, *Di Leonardo*.

j) Sul principio di non retroattività delle disposizioni penali e degli atti amministrativi in generale, salvo diversa previsione (salvo diversa previsione)

- Corte di Giustizia, sentenza 29 gennaio 1985, causa C-234/83, *Hauptzllamt*;

- Corte di Giustizia, sentenza 3 ottobre 1985, causa C-154/84, *Fleischwaren*;
- Corte di Giustizia, sentenza 11 luglio 1991, causa C-368/89, *Crispoltoni*.

k) Sul principio della certezza del diritto

- Corte di Giustizia, sentenza 13 dicembre 1967, causa C-17/67, *Neumann*;
- Corte di Giustizia, sentenza 21 settembre 1983, causa C-205/82, *Deutsche Milchkonter*;
- Corte di Giustizia, sentenza 16 giugno 1993, causa C-325/91, *Francia c. Commissione*;
- Corte di Giustizia, sentenza 16 gennaio 2003, causa C-439/01, *Cipra e Kvasnicka*;
- Corte di Giustizia, sentenza 18 novembre 2008, causa C-158/07, *Jacqueline Förster/ Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*;
- Corte di Giustizia, sentenza 6 ottobre 2009, causa C-40/08, *Astucorm*.

l) Sul principio di legalità

- Corte di Giustizia, sentenza 10 marzo 1970, causa C-7/69, *Commissione c. Italia*;
- Corte di Giustizia, sentenza 23 ottobre 1974, causa C-17/74, *Transocean Marine Papint*;
- Corte di Giustizia, sentenza 24 giugno 1986, causa C-53/85, *Akso*;
- Corte di Giustizia, sentenza 21 settembre 1989, causa C-85/76, *Hoechst*;

- Corte di Giustizia, ordinanza 4 febbraio 2000, causa C-17/98, *Emesa Sugar*;
- Corte di Giustizia, sentenza 10 gennaio 2002, causa C-480/00, *Plant*;
- Corte di Giustizia, sentenza 11 luglio 2007, causa T-170/06, *Alrosa*;
- Corte di Giustizia, sentenza 1° luglio 2008, cause C-341/06 P e C-342/06, P *Chhronopost et la Poste*;
- Corte di Giustizia, sentenza 19 febbraio 2009, causa C-308/07, *Gorostiaga Atxalandabaso c. Parlamento*.

m) Sul principio del rispetto al diritto alla riservatezza

- Corte di Giustizia, sentenza 10 novembre 1993, causa C-60/92, *Otto BV*;
- Corte di Giustizia, sentenza 25 gennaio 2007, causa C-411/04, *Salzgitter*;
- Corte di Giustizia, sentenza 14 settembre 2010, causa C-550/07, *Akzo Nobel Chemical Ltd c. Commissione*.

n) Sul principio del rispetto del contraddittorio

- Corte di Giustizia, sentenza 20 marzo 2003, causa C-3/00, *Danimarca c. Commissione*;
- Corte di Giustizia, sentenza 3 dicembre 2009, cause C-399/06 P e C-403/06 P, *Hassan Ayadi*.

o) Sul principio di non discriminazione

- Corte di Giustizia, sentenza 18 giugno 1985, causa C-197/84, *Steinhauser*;
- Corte di Giustizia, sentenza 10 luglio 1986, causa C-79/85, *Segers*;
- Corte di Giustizia, sentenza 14 gennaio 1988, causa C-63/86, *Commissione c. Italia*;
- Corte di Giustizia, sentenza 30 maggio 1989, causa C-305/87, *Commissione c. Grecia*;
- Corte di Giustizia, sentenza 17 novembre 1992, causa C-279/89, *Commissione c. Regno Unito*;
- Corte di Giustizia, sentenza 10 marzo 1993, causa C-111/91, *Commissione c. Lussemburgo*;
- Corte di Giustizia, sentenza 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros Ltd*;
- Corte di Giustizia, sentenza 8 luglio 1999, causa C-203/98, *Commissione c. Belgio*;
- Corte di Giustizia, sentenza 9 marzo 2000, causa C-355/98, *Commissione c. Belgio*;
- Corte di Giustizia, sentenza 30 settembre 2002, causa C-167/01, *InspireAct*;
- Corte di Giustizia, sentenza 30 marzo 2006, causa C-451/03, *Servizi ausiliari Dottori Commercialisti*;
- Corte di Giustizia, sentenza 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes plc & Cadbury Schweppes Overseas Ltd/ Commissioners of Inland Revenue*.

p) Sul principio di non discriminazione in ragione del sesso o dell'età

- Corte di Giustizia, sentenza 15 maggio 1978, causa C-149/77, *Defrenne III*;
- Corte di Giustizia, sentenza 17 ottobre 1995, causa C-450/93, *Kalanke*;
- Corte di Giustizia, sentenza 26 giugno 2001, causa C-381/99, *Brunnhofer*;
- Corte di Giustizia, sentenza 7 gennaio 2004, causa C-117/01, *K.B.*;
- Corte di Giustizia, sentenza 18 novembre 2010, causa C-356/09, *Kleist*;
- Corte di Giustizia, sentenza 19 gennaio 2010, causa C-55/07, *Küçükdeveci*.

q) Sul principio della parità di trattamento

- Corte di Giustizia, sentenza 26 giugno 1974, causa C-2/74, *Reyners*;
- Corte di Giustizia, sentenza 12 luglio 1984, causa C-237/83, *Prodest*;
- Corte di Giustizia, sentenza 2 ottobre 1997, causa C-122/96, *Saldanha*;
- Corte di Giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Teleaustria e Telefondress*;
- Corte di Giustizia, sentenza 20 ottobre 2005, causa C-264/03, *Commissione c. Francia*;
- Corte di Giustizia, sentenza 14 giugno 2007, causa C-6/05, *Medipac-Kazantzidis*;

- Corte di Giustizia, sentenza 16 settembre 2010, causa C-149/10, *ZoiChartzi*;
- Corte di Giustizia, sentenza 20 gennaio 2011, causa C-155/09, *Commissione c. Grecia*.

r) Sul principio di uguaglianza

- Corte di Giustizia, sentenza 19 ottobre 1977, cause C-117/76 e 16/77, *Ruckdeschel*;
- Corte di Giustizia, sentenza 8 ottobre 1980, causa C-810/79, *Uberschat*;
- Corte di Giustizia, sentenza 5 ottobre 1994, causa C-280/93, *Germania c. Commissione*;
- Corte di Giustizia, sentenza 18 giugno 2009, causa C-88/08, *Hütter*;
- Corte di Giustizia, sentenza 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*;
- Corte di Giustizia, sentenza 22 dicembre 2010, causa C-444/09 e C-456/09, *Gavieiro e Torres*.

s) Sul principio di proporzionalità

- Corte di Giustizia, sentenza 14 luglio 1964, causa C-8/77, *Sagulo*;
- Corte di Giustizia, sentenza 24 ottobre 1973, causa C-5/73, *Balkan Import*;
- Corte di Giustizia, sentenza 20 febbraio 1979, causa C-122/78, *Buitoni*;
- Corte di Giustizia, sentenza 18 marzo 1980, causa C-154/78, *Valsabbia*;

- Corte di Giustizia, sentenza 17 maggio 1984, causa C-15/83, *Denkavit*;
- Corte di Giustizia, sentenza 24 settembre 1985, causa C-181/84, *Man*;
- Corte di Giustizia, sentenza 15 maggio 1986, causa C-222/84, *Johnston*;
- Corte di Giustizia, sentenza 8 aprile 1992, causa C-256/90, *Mignini*;
- Corte di Giustizia, sentenza 12 novembre 1992, causa C-127/91, *CNTA*;
- Corte di Giustizia, sentenza 12 marzo 2002, causa C-27/00, *Omega Air*;
- Tribunale di primo grado, sentenza 23 settembre 2008 causa T-341/05, *Spagna c. Commissione*.

t) Sul principio di leale cooperazione

- Corte di Giustizia, sentenza 10 febbraio 1983, causa C-230/81 *Lussemburgo c. Parlamento*;
- Corte di Giustizia, sentenza 11 maggio 1989, causa C-25/88, *Bauchara*;
- Corte di Giustizia, ordinanza 13 luglio 1990, causa C-2/88, *Zwartveld*;
- Corte di Giustizia, sentenza 19 luglio 1990, causa C-213/89, *Factortame*;
- Corte di Giustizia, sentenza 19 gennaio 1993, causa C-101/91, *Commissione c. Italia*;
- Corte di Giustizia, sentenza 7 dicembre 1995, causa C-52/95, *Commissione c. Francia*;

- Corte di Giustizia, sentenza 14 luglio 2005, causa C-433/03, *Commissione c. Germania*.

u) Sul principio dell'equilibrio istituzionale.

- Corte di Giustizia, sentenza 13 giugno 1958, causa C-9/56, *Meroni*;
- Corte di Giustizia, sentenza 17 dicembre 1970, causa C-25/70, *Koster*;
- Corte di Giustizia, sentenza 29 ottobre 1980, causa C-138/79, *Roquette*;
- Corte di Giustizia, sentenza 20 marzo 1995, causa C-65/93, *Parlamento c. Consiglio*.

v) Sul principio dell'autonomia privata

- Corte di Giustizia, sentenza 6 aprile 1995, causa C-4/94, *BLP Group*.

Sulla cittadinanza europea

- Corte di Giustizia, sentenza 7 luglio 1992, causa C-369/90, *Micheletti*;
- Corte di Giustizia, sentenza 11 luglio 2002, causa C-224/98, *D'Hoop*;
- Corte di Giustizia, sentenza 23 marzo 2004, causa C-138/02, *Collins*;
- Corte di Giustizia, sentenza 7 settembre 2004, causa C- 456/02, *Trojani*;
- Corte di Giustizia, sentenza 19 ottobre 2004, causa C-200/02, *Chen*;
- Corte di Giustizia, sentenza 15 marzo 2005, causa C-209/03, *Bidar*;

- Corte di giustizia, sentenza 18 novembre 2008, causa c-158/07, *Förster*;
- Corte di Giustizia, sentenza 2 marzo 2010, causa C-135/08, *Rottamn*;
- Corte di Giustizia, sentenza 8 marzo 2011, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano*.

Sulla nozione di situazione puramente interna

- Corte di Giustizia, sentenza 27 ottobre 1982, causa riunite C-35/82 e 36/82, *Morson e Jhanjan*;
- Corte di Giustizia, sentenza 17 dicembre 1987, causa C-147/87, *Zaoui*;
- Corte di Giustizia, sentenza 21 ottobre 1991, causa C-97/98, *Jagerskiold*;
- Corte di Giustizia, sentenza 28 gennaio 1992, causa C-332/90, *Steen*;
- Corte di Giustizia, sentenza 22 settembre 1992, causa C-153/91, *Petit*;
- Corte di Giustizia, sentenza 16 dicembre 1992, causa C-206/91, *KouaPoirrez*;
- Corte di Giustizia, sentenza 5 giugno 1997, causa riunite C- 64/96 e 65/96, *Uecker e Jacquet*;
- Corte di Giustizia, sentenza 5 marzo 2002, cause riunite C-525/99, 537/99 e 540/99, *Hans Reisch*;

- Corte di Giustizia, sentenza 11 luglio 2002, causa C-60/00, *Mary Carpenter contro Secretary of State for the Home Department*.

La libertà di stabilimento

a) Sulla nozione di libertà di stabilimento

- Corte di Giustizia, sentenza 7 febbraio 1979, causa C- 115/78, *Knoors*;
- Corte di Giustizia, sentenza 7 febbraio 1979, causa C-136/78, *Auer*;
- Corte di Giustizia, sentenza 10 luglio 1986, causa C-79/85, *Segers*;
- Corte di Giustizia, sentenza 4 dicembre 1986, causa C-205/84, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*;
- Corte di Giustizia, sentenza 19 gennaio 1988, causa C-292/86, *Gullung*;
- Corte di Giustizia, sentenza 27 settembre 1989, causa C-130/88, *Van De Bijl*;
- Corte di Giustizia, sentenza 3 ottobre 1990, causa C-61/89, *Bouchoucha*;
- Corte di Giustizia, sentenza 31 marzo 1993, causa C-19/92, *Kraus*;
- Corte di Giustizia, sentenza 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*;
- Corte di Giustizia, sentenza 12 maggio 1998, causa C-367/96, *Kefalas*;
- Corte di Giustizia, sentenza 9 marzo 1999, causa C-212/97, *CentrosLtd*;
- Corte di Giustizia, sentenza 23 marzo 2000, causa C-373/97, *Diamantis*;
- Corte di Giustizia, sentenza 11 luglio 2002, causa C-294/00, *Grabner*;

- Corte di Giustizia, sentenza 30 settembre 2002, causa C-167/01, *InspireAct*;
- Corte di Giustizia, sentenza 17 ottobre 2002, causa C-79/01, *Payroll*;
- Corte di Giustizia, sentenza 13 febbraio 2003, causa C-131/01, *Commissione c. Italia*;
- Corte di Giustizia, sentenza 30 settembre 2003, causa C-167/10, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art. Ltd*;
- Corte di Giustizia, sentenza 11 dicembre 2003, causa C-215/01, *Schnitzer*;
- Corte di Giustizia, sentenza 29 aprile 2004, causa C-171/02, *Commissione c. Repubblica portoghese*;
- Corte di Giustizia, sentenza 5 ottobre 2004, causa C-442/02, *CaixaBank*;
- Corte di Giustizia, sentenza 14 settembre 2006, causa C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*;
- Corte di Giustizia, sentenza 11 ottobre 2007, causa C-451/05, *Elisa*;
- Corte di Giustizia, sentenza 11 marzo 2010, causa C-484/08, *Attasio Group*;
- Corte di Giustizia, sentenza 1° febbraio 2011, causa C-108/96, *Mac Queen*.

b) Sulle clausole di residenza o di stabilimento

- Corte di Giustizia, sentenza 10 febbraio 1982, causa C.76/81, *Transporoute*;
- Corte di Giustizia, sentenza 9 marzo 2000, causa C-355/98, *Commissione c. Belgio*;
- Corte di Giustizia, sentenza 3 ottobre 2000, causa C-58/98, *Corsten*;

- Corte di Giustizia, sentenza 13 febbraio 2003, causa C-131/01, *Commissione c. Italia*.

La libera prestazione dei servizi

a) Sulla nozione di libera prestazione dei servizi

- Corte di Giustizia, sentenza 3 dicembre 1974, causa C-33/74, *Van Binsbergen*;
- Corte di Giustizia, sentenza 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*;
- Corte di Giustizia sentenza 5 giugno 1997, causa C-398/95, *Syndesmos*;
- Corte di Giustizia, sentenza 9 luglio 1997, cause riunite C-34/95, C-35/95, C-36/95, *De Agostini*;
- Corte di Giustizia, sentenza 21 ottobre 1999, causa C-67/98, *Zenatti*;
- Corte di Giustizia, sentenza 25 ottobre 2001, cause riunite C-49/98, C-50/98, da C-52/98 a C-54/98 e da C-68/98 a C-71/98, *Finalarte*;
- Corte di Giustizia, sentenza 13 febbraio 2003, causa C-131/01, *Commissione c. Italia*;
- Corte di Giustizia, sentenza 6 novembre 2003, causa C-232/01, *Gambelli*;
- Corte di Giustizia, sentenza 11 dicembre 2003, causa C-215/01, *Schnitzer*.

b) Sulla libera prestazioni dei servizi nel settore della televisione transfrontaliera

- Corte di Giustizia, sentenza 3 febbraio 1993, causa C-148/91, *Veronica*;
- Corte di Giustizia, sentenza 5 ottobre 1994, causa C-23/93, *TV10*;

- Corte di Giustizia, sentenza 10 settembre 1996, causa C-11/95, *Commissione c. Regno del Belgio*;
- Corte di Giustizia, sentenza 10 settembre 1996, causa C-222/94, *Commissione c. UK*;
- Corte di Giustizia, sentenza 29 maggio 1997, causa C-14/96, *Denuit*;
- Corte di Giustizia, sentenza 5 giugno 1997, causa C-56/97, *VT4*;
- Corte di Giustizia, sentenza 9 luglio 1997, cause riunite C-34/95; C-35/95; 36/95, *De Agostini e TV Shop*.

c) Sulla libera prestazione dei servizi nel settore assicurativo

- Corte di Giustizia, sentenza 4 dicembre 1986, causa C-205/84, *Commissione c. Germania*;
- Corte di Giustizia, sentenza 4 dicembre 1986, causa C-220/83, *Commissione c. Francia*;
- Corte di Giustizia, sentenza 4 dicembre 1986, causa C-206/84, *Commissione c. Irlanda*;
- Corte di Giustizia, sentenza, 4 dicembre 1986, causa C-252/83, *Commissione c. Danimarca*.

La libertà di circolazione

a) Sulla libertà di circolazione delle persone

- Corte di Giustizia, sentenza 26 febbraio 1991, causa C-292/89, *Antonissen*;
- Corte di Giustizia, sentenza 20 febbraio 1997, causa C-344/95, *Commissione c. Belgio*.

b) Sulla libertà di circolazione dei lavoratori nel settore previdenziale

- Corte di Giustizia, sentenza 17 dicembre 1970, causa C-35/70, *Manpower*;
- Corte di Giustizia, sentenza 3 maggio 1990, causa C-2/89, *Kits van Heijningen*;
- Corte di Giustizia, sentenza 3 giugno 1992, causa C-45/90, *Alberto Paletta e altri c. Brennet*;
- Corte di Giustizia, sentenza 16 febbraio 1995, causa C-425/93, *Calle Grenzshop Andresen*;
- Corte di Giustizia, sentenza 2 maggio 1996, causa C-206/94, *Paletta*;
- Corte di Giustizia, sentenza 13 marzo 1997, causa C-131/95, *Huijbrechts*;
- Corte di Giustizia, sentenza 11 giugno 1998, causa C-275/96, *Kuusijärv*;
- Corte di Giustizia, sentenza 21 giugno 1998, causa C-39/86, *Sylvie Lair*;
- Corte di Giustizia, sentenza 10 febbraio 2000, causa C-202/97, *FTS*;
- Corte di Giustizia, sentenza 23 settembre 2003, causa C-109/01, *Secretary of State*;
- Corte di Giustizia, sentenza 6 novembre 2003, causa C-413/01, *Franca Ninni Orasche*;
- Corte di Giustizia, sentenza 11 dicembre 2007, C-439/2005, *Viking Line ABP*;
- Corte di Giustizia, sentenza 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd*;
- Corte di Giustizia, sentenza 22 dicembre 2010, causa C-303/08, *Bozkurt*;
- Corte di Giustizia, sentenza 3 aprile 2008, causa C-346/06, *DirkRüffert*.

Sui limiti alle libertà fondamentali (ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità)

- Corte di Giustizia, sentenza 4 dicembre 1974, causa C-41/74, *Van Duyn*;
- Corte di Giustizia, sentenza 28 ottobre 1975, causa C-36/75, *Rutili*;
- Corte di Giustizia, sentenza 27 ottobre 1977, causa C-30/77, *Bouchereau*;
- Corte di Giustizia, sentenza 5 marzo 1980, causa C-98/79, *Pecastaing*;
- Corte di Giustizia, sentenza 22 maggio 1980, causa C-131/79, *Santillo*;
- Corte di Giustizia, sentenza 18 maggio 1982, cause riunite C-115 e 116/81, *Adoui*;
- Corte di Giustizia, sentenza 7 maggio 1986, causa C-131/85, *Gül*;
- Corte di Giustizia, sentenza 17 giugno 1997, cause riunite C-65/95 e C-111/95, *Shingara*;
- Corte di Giustizia, sentenza 19 gennaio 1999, causa C-348/96, *Calfa*;
- Corte di Giustizia, sentenza 9 novembre 2000, causa C-357/98, *Yiadam*;
- Corte di Giustizia, sentenza 29 aprile 2004, cause riunite da C-482-493/01, *Orfanopoulos*;
- Corte di Giustizia, sentenza 13 marzo 2007, causa C-524/04, *Test Claimants in the ThinCup Group Litigation c. Commissioners of Inland Revenue*;
- Corte di Giustizia, sentenza 13 dicembre 2007, causa C-231/05, *OyAA*.

La politica agricola comune

- Corte di Giustizia, sentenza 11 ottobre 1977, causa C-125/76, *Ditta Peter Cremer c. Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*;
- Corte di Giustizia, sentenza 14 dicembre 2000, C-110/99, *Emsland-Stärke*.

Il diritto tributario europeo

- Corte di Giustizia, sentenza 10 aprile 1984, causa C-324/82, *Commissione c. Belgio*;
- Corte di Giustizia, sentenza 27 settembre 1988, causa C-81/87, *Daily Mail and General Trust PLC*;
- Corte di Giustizia, sentenza 28 gennaio 1992, causa C-204/90, *Hanns - Martin Bachmann c. Stato belga*;
- Corte di giustizia, sentenza 28 gennaio 1992, causa C-300/90, *Commissione c. Belgio*;
- Corte di Giustizia, sentenza 28 gennaio 1996, causa C-270/83, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*;
- Corte di Giustizia, sentenza 27 giugno 1996, causa C-107/94, *Asscher*;
- Corte di Giustizia, sentenza 3 luglio 1997, causa C-330/95, *Goldsmith Jewellers*;
- Corte di Giustizia, sentenza 17 luglio 1997, C-28/95, *Leur- Bloem*;
- Corte di Giustizia, sentenza 18 dicembre 1997, cause riunite C-286/94, C-340/95, C-401/95 e C-47/96, *Garage Molenheide et aa*;
- Corte di Giustizia, sentenza 16 luglio 1998, causa C-264/96, *ICI*;

- Corte di Giustizia, sentenza 29 ottobre 1999, causa C-55/98, *Skatteministeriet c. BentVestergaard*;
- Corte di Giustizia, sentenza 28 ottobre 1999, causa C-55/98, *Vestergaard*;
- Corte di Giustizia, sentenza 11 marzo 2004, causa C-9/09, *Highes de LasteyrieduSaillant c. Ministère de l'Économie, des Finance set de l'Industrie*;
- Corte di Giustizia, sentenza 21 novembre 2002, causa C-436/00, *X e Y c. Riksskatteverket*;
- Corte di Giustizia, sentenza 12 dicembre 2002, causa C-324/00, *Lankhorst – Hohorst GmbH c. FinanzmtSteinfurt*;
- Corte di Giustizia, sentenza 6 gennaio 2003, causa C-388/01, *Commissione c. Italia*;
- Corte di Giustizia, sentenza 13 dicembre 2005, causa C-446/03, *Marks & Spencer plc c. David Hasely (Her Majesty's Inspector of Taxes)*;
- Corte di Giustizia, sentenza 21 febbraio 2006, causa C-255/02, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Service Ltd e County Wide Property Investments Ltd c. Commssioners of Customs&Excise*;
- Corte di Giustizia, sentenza 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes plc e Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissiones of InlandRevenue*;
- Corte di Giustizia, sentenza 21 febbraio 2006, causa C-223/06, *University of Huddersfield*;
- Corte di Giustizia, sentenza 21 febbraio 2006, causa C-419/02, *Bupa Hospital*;
- Corte di Giustizia, sentenza 18 luglio 2007, causa C-199/05, *Ministero dell'Industria, del*

Commercio e dell'Artigianato vs. Lucchini S.p.A.;

- Corte di Giustizia, sentenza 21 febbraio 2008, causa C-425/06, *Ministero dell'Economia e delle Finanze contro Part Service Srl*;
- Corte di Giustizia, sentenza 3 settembre 2009, causa C-2/08, *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze e Agenzie delle Entrate contro Fallimento OlimpiclubSrl*;
- Corte di Giustizia, sentenza 22 dicembre 2010, causa C-277/09, *The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs vs. RBS Deutschled Holdings GmbH*;
- Corte di Giustizia, sentenza 10 novembre 2011, causa C-126/10, *Foggia – Sociada de Gestora de Participações Sociais SA contro Secretário de EstadodosAssuntosFiscais*.

Il diritto internazionale privato dell'Unione Europea

a) Sui conflitti di competenza giurisdizionale nelle obbligazioni contrattuali.

- Corte di Giustizia, sentenza 17 giugno 1992, causa C-26/91, *Handte*;
- Corte di Giustizia, sentenza 29 giugno 1994, causa C-288/92, *Custom Made Commercial Ltd c. StawaMetallbauGmbH*;
- Corte di Giustizia, sentenza 20 febbraio 1997, causa C-106/95, *MSG*;
- Corte di Giustizia, sentenza 3 luglio 1997, causa C-269/95, *Benincasa c. Dentalkit*;
- Corte di Giustizia, sentenza 1° ottobre 2002, causa C-167/2000, *Henkel*;

- Corte di Giustizia, sentenza 5 febbraio 2004, causa C-256/02, *Frahuil*.

b) Sul riconoscimento di una decisione straniera.

- Corte di Giustizia, sentenza 4 febbraio 1988, causa C-145/86, *Horst Ludwig Martin Hoffman c. AdelheidKrieg*;
- Corte di Giustizia, sentenza 2 giugno 1994, causa C-414/94, *Solo KleinmotorenGmbH c. Emilio Bosch*;
- Corte di Giustizia, sentenza 28 marzo 2000, C-7/98, *Krombach c. Bamberski*;
- Corte di Giustizia, sentenza 2 maggio 2006, causa C-341/04, *Eurofood*;
- Corte di Giustizia, sentenza 2 aprile 2009, C-394/07, *Gambazzi*;
- Corte di Giustizia, sentenza 21 gennaio 2010, causa C-444/07, *Mg. ProbudGdynia*.

Sull'onere della prova

- Corte di Giustizia, sentenza 21 settembre 1983, cause riunite da C-205/82 a C-215/82, *Deutsche Milchkontor e a.*;
- Corte di Giustizia, sentenza 15 maggio 1986, causa C-222/84, *Johnston*;
- Corte di Giustizia, sentenza 8 febbraio 1996, causa C-212/94, *FMC e a.*;
- Corte di Giustizia, sentenza 15 giugno 2000, cause riunite C-418/97 e C-419/97, *ARCO ChemieNederland e a., Race*;
- Corte di Giustizia, sentenza 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage e Crehan*;

- Corte di Giustizia sentenza 11 settembre 2003, causa C-13/01, *Safalero*;
- Corte di Giustizia, sentenza 11 gennaio 2007, causa C-279/05, *Vonk Dairy Products BV*.

B. CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

- Corte CEDU, sentenza 15 novembre 1996, causa *Cantoni c. Francia*;
- Corte CEDU, sentenza 18 febbraio 1999, causa *Matthews c. Regno Unito*;
- Corte CEDU, sentenza 9 febbraio 1990, causa *M & Co c. Germania*;
- Corte CEDU, sentenza 18 febbraio 1999, causa *Waite and Kennedy c. Germania*;
- Corte CEDU, sentenza 30 giugno 2005, causa *Bosphorus c. Irlanda*;
- Corte CEDU, sentenza, 23 marzo 1995, causa *Loizidou c. Turchia*.

C. CORTE DELL'ASSOCIAZIONE EUROPEA DI LIBERO SCAMBIO

- Corte AELS, sentenza 16 giugno 1995, cause riunite E-8/94 e E-9/94, *Mattel Scandinavia c. Lego Norge*.

D. TRIBUNALI NAZIONALI

Spagna

- Tribunale Supremo, sentenza 14 febbraio 1944 (E. 293);
- Tribunale Supremo, sentenza 5 febbraio 1959 (R. 456);

- Tribunale Supremo, sentenza 7 febbraio 1964 (R. 631);
- Tribunale Supremo, sentenza 7 luglio 1980 (R. 3301).

Belgio

- Cour Suprême, 11 avril 1958, ordonnance n. 58-1067;
- Cour Suprême, 19 septembre 1983, ordonnance n. 83-178;
- Cour Suprême, 19 novembre 1987, ordonnance n. 87-215.

Regno Unito

- House of Lords, *Mayor of Bradfords v. Pickles* (1985) 587.

Italia

- Corte di Cassazione, sentenza 5 novembre 1999, n. 12327;
- Corte di Cassazione, sentenza 3 settembre 2001, n. 11351;
- Corte di Cassazione, sentenza 26 ottobre 2005, n. 20816;
- Corte di Cassazione, sentenza 17 ottobre 2008 n. 25374;
- Corte di Cassazione, SS. UU., sentenza 23 dicembre 2008, n. 30055;
- Corte di Cassazione, SS. UU., sentenza 23 dicembre 2008, n. 30056;
- Corte di Cassazione, SS. UU., sentenza 23 dicembre 2008, n. 30057;

- Corte di Cassazione, sentenza 21 gennaio 2009, n. 1465;
- Corte di Cassazione, sentenza 8 aprile 2009, n. 8481;
- Corte di Cassazione, sentenza 8 aprile 2009, n. 8487;
- Corte di cassazione, sentenza 13 maggio 2009, n. 10981;
- Corte di Cassazione, sentenza 25 maggio 2009, n. 12042;
- Corte di Cassazione, sentenza 15 settembre 2009, n. 19827;
- Corte di Cassazione, sentenza 31 maggio 2010, n. 13208;
- Corte di Cassazione, sentenza 22 settembre 2010, n. 20030;
- Corte di Cassazione, sentenza 21 gennaio 2011, n. 1372;
- Corte di Cassazione, sentenza 27 luglio 2011, n. 16341;
- Corte di Cassazione, sentenza 16 febbraio 2012, n. 2193.

INDICE DEGLI ATTI

- I. ATTI IN MATERIA DI DIRITTI FONDAMENTALI**
- Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (2010/C 83/02), in GUUE C 83/389 del 30 marzo 2010.
 - Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o CEDU, firmata a Roma il 4 novembre 1950 ed in vigore dal 3 settembre 1953, reperibile sul sito del Consiglio d'Europa www.conventions.coe.int/?lg=it.
- II. ATTI RELATIVI AL SETTORE DELLE TELECOMUNICAZIONI**
- Direttiva 89/552/CEE del Consiglio, del 3 ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, in G.U. L 298 del 17 ottobre 1989.
 - Direttiva 97/36/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 giugno 1997 che modifica la direttiva 89/552/CEE del Consiglio relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, in GUCE L 202 del 30 luglio 1997.

- Direttiva 2007/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica la direttiva 89/552/CEE del Consiglio relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, in GUCE L 332/27 del 18 dicembre 2007.
- Direttiva 2010/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 marzo 2010, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), in GUUE L 95 del 15 aprile 2010.
- Convenzione europea sulla televisione transfrontaliera, firmata a Strasburgo addì 5 maggio 1989, emendata dal Protocollo modificativo, adottato in data 1° ottobre 1998 ed entrato in vigore il 1° marzo 2002, reperibile sul sito del Consiglio d'Europa www.conventions.coe.int.

III. ATTI IN MATERIA DI ACCESSO E CONTROLLO DEL CREDITO

- Prima direttiva 77/780/CEE del Consiglio, del 12 dicembre 1977, relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e

amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio, in GUCE L 322 del 17 dicembre 1977.

- Seconda direttiva 89/646/CEE del Consiglio, del 15 dicembre 1989, relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio e recante modifica della direttiva 77/780/CEE, in GUCE L 386 del 30 dicembre 1989.
- Direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 marzo 2000 relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio, in GUCE L 126 del 26 maggio 2000.
- Direttiva 2006/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2006, relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio, in GUCE L 177 del 30 giugno 2006.

IV. ATTI IN MATERIA DI PREVIDENZA E SICUREZZA SOCIALE

- Regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano

all'interno della Comunità, in GUCE L 148 del 5 giugno 1974.

- Regolamento (CEE) n. 574/72 del Consiglio, del 21 marzo 1972, che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento (CEE) n. 1408/71 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi, in GUCE L 74 del 27 marzo 1972.
- Regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, in GUCE L 166 del 30 aprile 2004.
- Regolamento (CE) n. 988/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, che modifica il regolamento (CE) n. 883/2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale e determina il contenuto dei relativi allegati, in GUCE L 284 del 30 ottobre 2009.

V. ATTI IN MATERIA DI OBBLIGAZIONI CONTRATTUALI

- Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, in GUCE L 95 del 21 aprile 1993.
- Direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 relativa all'accordo quadro CES,

UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, in G.U. L 175 del 10 luglio 1999.

- Documento di soft law «*Principles of the Existing EC Contract Law*, redatto dal *Research Group on the Existing EC Private Law*», reperibile sul sito www.acquis-group.jura.uni-osnabrueck.de.

VI. ATTI IN MATERIA DI FISCALITÀ

a) Sull'imposta del valore aggiunto.

- Direttiva 77/388/CEE del Consiglio, del 17 maggio 1977, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sul fatturato - Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, in GUCE L. 145 del 13 giugno 1977.
- Direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, in GUCE 347 dell'11 novembre 2006.
- Direttiva 2008/8/CE del Consiglio, del 12 febbraio 2008, che modifica la direttiva 2006/112/CE per quanto riguarda il luogo delle prestazioni di servizi, in GUUE L 44/11 del 20 febbraio 2008.

b) Sul regime comune delle riorganizzazioni societarie.

- Direttiva 90/434/CEE del Consiglio, del 23 luglio 1990, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati Membri diversi, in GUCE L 225 del 20 agosto 1990.

- Direttiva 2005/19/CE del Consiglio, del 17 febbraio 2005, che modifica la direttiva 90/434/CEE relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi, in GUCE L 58/19 del 4 marzo 2005.
- Direttiva 2006/98/CE del Consiglio, del 20 novembre 2006, che adegua talune direttive in materia di fiscalità, a motivo dell'adesione della Bulgaria e della Romania, in GUCE L 129 del 20 dicembre 2006.
- Direttiva 2009/133/CE del Consiglio, del 19 ottobre 2009, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, alle scissioni parziali, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi e al trasferimento della sede sociale di una SE e di una SCE tra Stati membri, in GUUE L 310/34 del 25 novembre 2009.

c) Sul regime comune impositivo delle distribuzioni di dividendi tra società madre e società figlia.

- Direttiva 90/435/CEE del Consiglio, del 23 luglio 1990, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati Membri diversi, in GUCE L 225 del 20 agosto 1990.
- Direttiva 2003/123/CE del Consiglio, del 22 dicembre 2003, che modifica la direttiva 90/435/CEE concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di

Stati membri diversi, in GUCE L 7/41 del 13 gennaio 2004.

- Direttiva 2011/96/UE del Consiglio, del 30 novembre 2011, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi, in GUUE L 345/8 del 29 dicembre 2011.

VII. ATTI IN MATERIA DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO DELL'UNIONE EUROPEA

- Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in GUCE C 27 del 26 gennaio 1998.
- Regolamento (CE) N. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in GUCE L 12/1 del 16 gennaio 2004.

VIII. ATTI RELATIVI ALLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE NELL'UNIONE EUROPEA

- Regolamento (CEE) n. 1612/68 del Consiglio, del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, in GUCE L 257 del 19 ottobre 1968.
- Direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, in GUCE L 251/12 del 3 ottobre 2003.
- Direttiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al

diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, in GUCE L 229/35 del 29 giugno 2004.

- Regolamento (UE) n. 492/2011 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione, in GUUE L 141/1 del 27 maggio 2011.

IX. CONVENZIONI

- Accordo Generale sulle Tariffe e sul Commercio (GATT), concluso a Ginevra il 30 ottobre 1947, ripreso in allegato all'Accordo istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), firmato a Marrakech il 15 aprile 1994, reperibile sul sito www.wto.org.

X. LIBRI, RAPPORTI, PARERI E COMUNICAZIONI

- Libro bianco COM(85) 310, giugno 1985 della Commissione per il Consiglio europeo per il completamento del mercato interno (Milano, 28-29 giugno 1985).
- Comunicazione interpretativa (2000/C 43/03) della Commissione sulla «*Libera prestazione dei servizi e interesse generale nel settore delle*

assicurazioni», in GUCE C 43/5 del 16 febbraio 2000.

- Comunicazione COM/2011/0206 *final* «*Atto per il mercato unico europeo: dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia – Insieme per una nuova crescita*» del 13 aprile 2011.
- Libro verde sul diritto al ricongiungimento familiare (direttiva 2003/86/CE) - COM(2011) 735 definitivo - per i cittadini di paesi terzi che vivono nell'Unione europea, del 15 novembre 2011.