

CIRCOLAZIONE E GLOBALIZZAZIONE DEL DIRITTO

DI MATTEO GNES

Dopo aver fornito un rapido quadro storico di riferimento ed aver sottolineato che i cittadini e le imprese sono sempre più frequentemente destinatari di diritti e di doveri, attribuiti direttamente dagli ordini giuridici sovranazionali, l'Autore analizza le principali conseguenze della globalizzazione, evidenziando la duplice tendenza all'uniformazione del diritto ed alla circolazione dei diritti. L'Autore evidenzia la crescente possibilità, per i soggetti interessati, di avvalersi di strumenti come la scelta del diritto e l'arbitraggio normativo, di cui vengono esaminati alcuni casi, sia a livello globale, sia a livello europeo. Ne consegue che gli Stati, nei settori in cui hanno consentito ad una limitazione della propria sovranità, non sono più i padroni del diritto, pur se la possibilità di sfruttare il diritto di altri paesi, anche in sostituzione del diritto nazionale meno favorevole, porta a diversi tipi di reazione da parte degli Stati interessati, tra cui vi è la concorrenza tra ordinamenti.



Matteo Gnes Professore associato di diritto amministrativo e Direttore del Master in Scienze amministrative dell'Università di Urbino "Carlo Bo". È dottore di ricerca dell'Istituto universitario europeo di Fiesole e nel 2007 è stato *Fulbright Visiting Professor (Distinguished Lecturer Chair)* presso la Georgetown University di Washington D.C. Ha pubblicato monografie, saggi ed articoli in materia di diritto amministrativo, diritto pubblico e diritto comunitario.

Dagli anni Ottanta del ventesimo secolo le economie nazionali dei paesi occidentali si sono gradualmente aperte: i dazi doganali sono stati progressivamente ridotti fino, in molti casi, ad essere eliminati; sono state ridotte le limitazioni quantitative al movimento delle merci e gli ostacoli al movimento delle persone; vi è stata una progressiva liberalizzazione dei flussi di capitali e si sono sviluppate le imprese multinazionali; è cresciuta la possibilità di viaggiare e di trasferirsi in altri paesi. La globalizza-

zione dell'economia e dei mercati ha portato alla formazione di un "mercato che appare, come non mai, insofferente a confinazioni spaziali, forte di una sua vocazione globale e determinato a realizzarla"¹ e ad una parziale perdita di sovranità da parte delle autorità nazionali, anche per l'impossibilità di individuare strumenti di controllo adeguati.

Vi è stata, inoltre, la moltiplicazione dei centri di riferimento, che si affiancano e si contrappongono allo Stato. Al suo interno, si moltiplicano i centri di potere, che però

ne limitano e complicano il funzionamento, dato che "lo Stato pluriclasse, pluralistico per definizione, funziona se è a pluralismo limitato"². All'esterno, lo Stato si confronta con il numero sempre maggiore di organizzazioni internazionali e sovranazionali, ma anche con le economie, i diritti e le amministrazioni delle altre nazioni.

La crisi dello Stato (inteso come ordinamento giuridico originario e sovrano), quindi, rilevata già un secolo fa³, è accelerata dalla "perforazione" dei suoi confini, per

¹ P. Grossi, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro italiano*, 2002, V, c. 154.

² M.S. Giannini, *Il pubblico potere: Stati e amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 1986, p. 136.

³ S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Società editrice libraria, Milano, 1910 (rist. Giuffrè, Milano, 1969); cfr. anche, dello stesso autore, *Oltre lo Stato*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1918, pp. 2 ss.

effetto delle norme di origine sovranazionale (come quelle stabilite dall'Unione europea – UE) ed internazionale (come quelle stabilite dalla *World Trade Organization* – WTO) e dallo sviluppo di *networks* globali sempre più diffusi ed accessibili al pubblico.

Si è così sviluppato un sistema caratterizzato da pluralità delle fonti del diritto, fluidità, pluralità degli interessi e delle forme di composizione, apertura laterale degli ordinamenti, sviluppo

denziale – universalità di applicazione delle norme, quanto, piuttosto, diversi ordinamenti settoriali,

diversi ordini]. I regimi internazionali sono, quindi ordinamenti giuridici chiusi, “*self-contained*”, pur se

“Si è così sviluppato un sistema caratterizzato da pluralità delle fonti del diritto, fluidità, pluralità degli interessi e delle forme di composizione, apertura laterale degli ordinamenti, sviluppo di arene pubbliche, *governance* globale senza un governo globale.”

“Non è sempre possibile applicare, un criterio che ordini gerarchicamente i diversi ordinamenti (nazionali e sovranazionali), le loro norme e le decisioni dei loro giudici. Tale carenza dà luogo a complessi rapporti tra i diversi ordini.”

di arene pubbliche⁴, *governance* globale senza un governo globale⁵.

Non si tratta di un “ordine giuridico globale”, inteso in senso stretto, ossia caratterizzato dagli elementi caratteristici dello Stato. A parte la mancanza di alcuni tratti che generalmente caratterizzano gli ordinamenti nazionali (quali l'uniformità, la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico e tra attività normativa ed esecutiva), tre differenze sono particolarmente rilevanti⁶.

Non vi è, innanzitutto, un unico ordine globale, ossia un sistema caratterizzato dalla – almeno ten-

caratterizzati da competenza limitata a specifiche materie (commercio, pesca, ambiente, e così via) oppure a specifici Stati (unioni

sono tra di loro comunicanti, per effetto sia di norme particolari sia dell'opera dei giudici⁷. Per esempio, il Trattato istitutivo della Comunità europea (divenuto, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) stabilisce la possibilità per i giudici nazionali di operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, così mettendo in collegamento l'ordinamento giudiziario nazionale con quello europeo⁸.

sovranazionali come l'Unione europea – UE, quella stabilita con il *North American Free Trade Agreement* – NAFTA, e così via).

In secondo luogo, non vi è, o non è sempre possibile applicare, un criterio che ordini gerarchicamente i diversi ordinamenti (nazionali e sovranazionali), le loro norme e le decisioni dei loro giudici. Tale carenza dà luogo a complessi rapporti tra i diversi ordini (come nel caso di norme stabilite nell'ambito del WTO, recepite in ambito europeo ed applicate negli Stati membri dell'Unione europea, su cui possono pronunciarsi i giudici dei

Infine, i cittadini e le imprese sono sempre più frequentemente destinatari di diritti e di doveri, attribuiti direttamente dagli ordini giuridici sovranazionali. Un tempo gli attori (i “soggetti”) del diritto internazionale erano essenzialmente gli Stati e le organizzazioni internazionali, mentre agli individui tale qualità era riconosciuta solo in rari casi (per esempio, in materia di diritto penale internazionale). La Corte di

⁴ Cfr. S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2002; e M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione: diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000.

⁵ Come mostrato da J.E. Stiglitz, *In un mondo imperfetto: mercato e democrazia nell'era della globalizzazione*, Donzelli, Roma, 2001, pp. 5 ss. Cfr. anche G. Guarino, *Il governo del mondo globale*, Le Monnier, Firenze, 2000.

⁶ Per i caratteri dell'ordine giuridico globale, si v. S. Cassese, *Il diritto globale: giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009, pp. 131 ss.

⁷ Su cui cfr. S. Cassese, *Il diritto globale*, cit., 143 ss.; e Id., *I tribunali di Babele: i giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma, 2009.

⁸ Art. 177, poi 234, del Tr. Ce; ora art. 267 Tr. funz. Ue.

giustizia dell'Unione europea ha riconosciuto, già nel 1962, 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 set-

problemi che, da nazionali, sono divenuti globali (come quelli relativi all'inquinamento ed alla tutela dell'ambiente, alla tutela dei consumatori ed alla vigilanza sui mercati finanziari), ma produce direttamente conseguenze sui diritti e

dere il legame diretto con uno specifico ordinamento statale. Con una semplificazione, si possono identificare due contrapposte tendenze del diritto "globalizzato": quella all'uniformazione del diritto e quella alla circolazione dei diritti.

“La globalizzazione ha portato all'eliminazione dei confini del diritto, che non è più necessariamente legato al territorio di uno Stato o all'ambito di una determinata organizzazione internazionale (tanto da divenire un "diritto sconfinato").”

tori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini” e che “il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi”⁹. Analogamente, numerose norme internazionali, come la Convenzione di Aarhus del 1998 sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, attribuiscono diritti (quanto meno, di partecipazione) ai cittadini nei confronti dei governi nazionali.

La globalizzazione, quindi, ha rilevanti conseguenze non solo sui

sugli stessi sistemi giuridici nazionali e sovranazionali. Ha portato all'eliminazione dei confini del diritto, che non è più necessariamente legato al territorio di uno Stato o all'ambito di una determinata organizzazione internazionale (tanto da divenire un "diritto sconfinato")¹⁰, dando luogo ad un ordine giuridico "fluidico", ove, anche per effetto della maggiore velocità dell'economia rispetto alla politica e dell'assenza di un regolatore globale, si creano asimmetrie tra diritto globale e diritto nazionale, nonché tra diritto, politica ed economia¹¹.

LE TENDENZE DEL DIRITTO

Tra le più rilevanti conseguenze della globalizzazione vi è la tendenza alla perdita della relazione tra i fattori produttivi e gli Stati. Le imprese di grandi dimensioni tendono a divenire "multinazionali", e molti beni sono prodotti ed assemblati in diverse parti del mondo, perdendosi così il rapporto diretto tra l'impresa ed il bene con un determinato Stato¹².

Anche il diritto tende a staccarsi dal territorio di riferimento, a per-

La prima tendenza è quella all'*uniformazione del diritto*, che avviene secondo diverse modalità.

Innanzitutto, per effetto delle regole uniformi dettate da organizzazioni sovranazionali o da altri *standard setting bodies* (che dettano regole tecniche per specifici settori). Per esempio, la possibilità di spedire una lettera, sia in formato tradizionale (cartaceo) sia in formato elettronico (e-mail), è garantita dall'applicazione di standard uniformi, dettati rispettivamente da un'organizzazione internazionale (l'*Universal Postal Union* – UPU) e da un'organizzazione privata con sede in California (l'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* – ICANN). Allo stesso modo, la possibilità di immettere in commercio un farmaco in uno o più paesi aderenti

“La prima tendenza è quella all'*uniformazione del diritto*”

all'Unione europea è subordinata al rispetto di determinate procedure, ed in particolare alla preparazione di un dossier, da presentarsi alle autorità nazionali o a quella europea (a seconda del tipo di autorizzazione

⁹ Corte di giustizia delle Comunità europee (ora, Corte di giustizia dell'Unione europea), sentenza del 16 agosto 1962, Van Gend en Loos, causa 26/62.

¹⁰ M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006. Più in generale si v. B. Badie, *La fin des territoires*, Fayard, Paris, 1995, trad. it. *La fine dei territori*. Saggio sul disordine internazionale e sulla utilità sociale del rispetto, Asterios, Trieste, 1996.

¹¹ J.E. Stiglitz, *Making globalization work*, trad. it. *La globalizzazione che funziona*, Einaudi, Torino, 2006, pp. 21 ss.

¹² Per esempio la casa automobilistica coreana Kia Motors produce i diversi componenti delle autovetture in varie parti del mondo e, solo per costruire il lettore CD, sono utilizzate ben sei tappe (in sei diversi paesi), nell'ambito delle quali vengono man mano installati i componenti (cfr. *Il Sole 24 Ore* del 26 aprile 2003, p. 15). Un'interessante analisi relativa alla costituzione di un network economico globale, per la produzione e la commercializzazione della bambola "Barbie", è in F. Snyder, *Governing economic globalisation: global legal pluralism and European law*, in *European law journal*, 1999, pp. 334 ss.

“La seconda tendenza è quella alla circolazione dei diritti.”

richiesta), predisposto secondo le regole europee ed in base agli *standards* dettati dalla Farmacopea europea (che è disciplinata da una convenzione del Consiglio d'Europa, ossia di un'altra organizzazione internazionale).

In secondo luogo, vi è lo sviluppo della moderna *lex mercatoria* globale, formata e sviluppata dalle grandi imprese multinazionali, in gran parte di origine statunitense¹³. In particolare, il diritto dei contratti tende a svilupparsi secondo i canoni del diritto statunitense (c.d. “americanizzazione” del diritto) ed a staccarsi sempre più dal contesto statale. Ciò ha rafforzato il carattere di “non luogo del diritto” dei contratti, che, per la loro stessa natura, rappresentano uno strumento, ossia un istituto utilizzato solo per transitare e giungere altrove¹⁴.

La seconda tendenza è quella alla *circolazione dei diritti*. Sia il diritto sovranazionale, sia quello transnazionale, caratterizzati da una vocazione globale e dalla tendenza ad andare oltre la semplice regolazione

“L'ordinamento statale diviene “poroso”, aperto cioè alle infiltrazioni dei diritti di altri ordinamenti.”

dei rapporti tra Stati, portano alla circolazione delle norme dei diversi ordinamenti nazionali. Lo sviluppo

del mercato globale ha portato, innanzitutto, alla circolazione di modelli contrattuali stranieri ed all'applicazione di norme di diritto civile e commerciale di altri paesi. Ma ha anche portato alla circolazione del diritto pubblico e del diritto amministrativo degli ordinamenti statali, ossia delle norme più strettamente legate all'esercizio della sovranità statale.

Tale fenomeno non è nuovo, in quanto la circolazione delle norme da un ordinamento all'altro era tipico dell'epoca prestatale, e rappresenta un ulteriore segno della crisi dello Stato. Nel Medioevo, a partire dal XII secolo, si era progressivamente formato il diritto comune (*jus commune*), basato sullo studio del tardo diritto romano, con il quale continuarono a convivere i diversi diritti locali (*jura propria*). Il carattere pluralistico dell'ordine tardo medievale – inconcepibile nell'ambito della teoria dello Stato unitario moderno – rendeva possibile anche il ricorso alla *lex alius loci*, ossia l'utilizzo da parte dei giudici del diritto di un altro ordinamento, per colmare le lacune del diritto locale o del diritto comune.

L'apertura e la comunicazione (o la comunicabilità) dell'ordine giuridico medievale, nonostante la notevo-

le distanza temporale e concettuale rispetto all'epoca attuale, suggeriscono però utili riflessioni per comprendere la globalizzazione giuridica del ventunesimo secolo. Per effetto della crisi dello Stato e della sua

“Nell'ordine giuridico globale i diritti possono circolare ed essere utilizzati e sfruttati dai soggetti più abili, anche in sostituzione del diritto nazionale meno favorevole.”

sovranità, l'ordinamento statale diviene “poroso”, aperto cioè alle infiltrazioni dei diritti di altri ordinamenti, e, come in passato, si sviluppano complesse relazioni tra i diversi ordinamenti¹⁵.

LA SCELTA DEL DIRITTO

Nell'ordine giuridico globale i diritti possono circolare ed essere utilizzati e sfruttati dai soggetti più abili, anche in sostituzione del diritto nazionale meno favorevole. Per esempio, l'ordinamento europeo consente di “scegliere l'ordinamento giuridico meno severo” e costituisce sia “un mezzo di armonizzazione dall'alto, usato anche da soggetti nazionali per far cambiare il diritto nazionale, sia un mezzo di contrapposizione tra ordinamenti, adoperato da soggetti nazionali non per far cambiare il diritto nazionale, ma per sostituirlo con un altro diritto”¹⁶.

I casi più noti di scelta del diritto in ambito globale sono la pianifica-

¹³ Cfr. F. Galgano, *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 2001. Sul ruolo delle imprese multinazionali, si v. Y. Dezalay, *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, Paris, 1992, trad. it. *I mercanti del diritto: le multinazionali del diritto e la ristrutturazione dell'ordine giuridico internazionale*, Giuffrè, Milano, 1997.

¹⁴ Cfr. M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato*, cit., pp. 80 ss. L'idea dei “non luoghi” è di M. Augé, *Non-Lieux: introduction à une anthropologie de la surmodernité*, Le Seuil, Paris, 1992, trad. it. *Nonluoghi: introduzione a una antropologia della surmodernità*, Eleuthera, Milano, 1993.

¹⁵ Sulla circolazione giuridica nell'ordinamento medievale, si v. G. Gorla, *Unificazione “legislativa” e unificazione “giurisprudenziale”. L'esperienza del diritto comune*, in *Foro italiano*, 1977, V, cc. 91 ss.; Id., *Il ricorso alla legge di un “luogo vicino” nell'ambito del diritto comune europeo*, in *Foro italiano*, 1973, V, cc. 89 ss. Sulla “porosità” degli ordinamenti, cfr. S. Cassese, *Il diritto globale*, cit., pp. 24 ss.

¹⁶ S. Cassese, *L'arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2001, pp. 601 ss., ora in S. Cassese, *La crisi*, cit., p. 112.

“La *scelta del diritto* è la possibilità di utilizzare le norme di un altro ordinamento, in alternativa all'utilizzo delle norme stabilite dell'ordinamento cui il soggetto appartiene, perché da esso ritenute, sotto molteplici aspetti, “più favorevoli”.”

zione fiscale internazionale ed il c.d. caso del Delaware. Il primo caso è basato sullo studio comparato dei sistemi tributari e societari vigenti in altri paesi e delle interrelazioni tra gli stessi sistemi, al fine di ottimizzare l'onere fiscale in modo lecito, sfruttando le differenze e le interconnessioni fra gli ordinamenti. Il secondo denota il favore per le maggiori società a stabilire la propria sede, ossia ad incorporarsi, nello Stato del Delaware, che, per la normativa particolarmente favorevole alle società (sotto il profilo sia fiscale, sia del governo societario), è divenuto il “major corporate domicile” degli Stati Uniti.

Questi esempi mostrano la crescente possibilità, per i soggetti interessati, di avvalersi di strumenti come la scelta del diritto o l'arbitraggio normativo, come individuati e definiti in studi recenti¹⁷.

La *scelta del diritto* è la possibilità (ottenuta sfruttando norme o, più genericamente, strumenti di collegamento tra diversi ordinamenti) di utilizzare le norme di un altro ordinamento, in alternativa all'utilizzo delle norme stabilite dell'ordinamento cui il soggetto appartiene, perché da esso ritenute, sotto molteplici aspetti, “più favorevoli”¹⁸. Nell'ambito della scelta del diritto si può distinguere l'*arbitraggio*, che ne

scelta del diritto, si intende l'applicazione nel proprio ordinamento delle norme (o delle altre caratteristiche) di un altro ordinamento, per mezzo della loro attrazione od “acquisto” (“shopping”). Nell'ambito dei diversi casi di scelta del diritto, quindi, ad un estremo vi sono i casi di scelta “semplice”, consistenti, per esempio, nel trasferimento o “delocalizzazione” (di un'impresa) o nella migrazione (di un lavoratore) in un altro ordinamento, ovvero nello sfruttamento delle possibilità di scelta poste dallo stesso ordinamento (per esempio per effetto delle norme che stabiliscono agevolazioni od incentivi per gli investimenti effettuati in determinate aree); all'estremo opposto vi è l'arbitraggio, che, sfruttando una sorta di “triangolazione” tra le norme di due ordinamenti, consente l'acquisto delle norme di un altro ordinamento, (anche) al fine di superare i limiti stabiliti dall'ordinamento di origine. Ciò porta, quindi, all'acquisto di una “opzione” normativa (o amministrativa, e così via) ulteriore rispetto alle possibilità stabilite dall'ordinamento.

Fenomeni di scelta del diritto possono verificarsi sia in ambito

costituisce una specie particolare. Con quest'ultima espressione, che è talvolta confusa con la nazionale, negli sStati unitari (per esempio, sfruttando le normative speciali che stabiliscono incentivi fiscali all'investimento in determinate aree; ovvero utilizzando particolari norme in materia di riemersione del lavoro o dei capitali “sommersi”, e così via), e negli Stati federali (come negli Stati Uniti, ove vi è stato un notevole sviluppo nell'ambito del diritto societario), sia in ambito sovranazionale (come nel caso dell'ordinamento europeo), sia, infine, in ambito globale (sfruttando le norme di mutuo riconoscimento stabilite nell'ambito del WTO o le norme internazionali in materia di fiscalità).

Presupposto per la realizzazione del fenomeno è la libertà (o facilità) di movimento dei fattori produttivi tra aree geografiche diverse, mentre gli elementi essenziali sono due. Il primo è dato dalla diversa attrattività delle norme e regolamentazioni vigenti nei

“Fenomeni di scelta del diritto possono verificarsi sia in ambito nazionale, sia in ambito sovranazionale, sia in ambito globale.”

due (o più) ordinamenti posti a confronto, derivante da una differenza normativa, regolamentare od anche di prassi amministrativa o di applicazione giurisprudenziale (c.d. “dislivello” tra gli ordinamenti). Il secondo, è l'esistenza di uno strumento di collegamento (in genere costituito da una norma di collegamento, ma, in alcuni casi, anche da altri tipi di strumenti, eventualmente accompagnati dall'assenza di norme di divieto), che consenta ai soggetti interessati di

¹⁷ Si v. in particolare M. Gnes, *La scelta del diritto. Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 2004; Id., *Scelta del diritto (nell'ordinamento europeo)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006, vol. VI, pp. 5449 ss.

¹⁸ Tale fenomeno non va confuso con la “choice of law”, ossia l'individuazione del diritto applicabile ad una determinata questione sulla base dei criteri di collegamento stabiliti dal diritto internazionale privato (anche se, talvolta, tali criteri possono costituire un elemento per la realizzazione della scelta del diritto).

scegliere la norma o le altre condizioni favorevoli dell'altro ordinamento considerato, continuando ad operare nel proprio ordinamento.

Vi è, poi, un terzo elemento, che consente di distinguere il fenomeno dell'arbitraggio dal più ampio novero dei casi di scelta dell'ordinamento: nel caso dell'arbitraggio, infatti, i soggetti riescono ad "attrarre" ("acquistare" o "catturare") il diritto di un altro ordinamento, continuando ad operare nel proprio ordinamento.

Quanto al dislivello tra gli ordinamenti, se ne possono distinguere tre differenti tipologie, che determinano tre categorie essenziali di arbitraggio. Innanzitutto, vi sono gli arbitraggi legati all'individuazione delle normative che consentano i minori oneri (in particolare, di tipo fiscale e previdenziale), e, quindi, rispondono direttamente all'esigenza di abbattere i costi sostenuti dalle imprese (e dagli individui). In secondo luogo, vi sono i casi di scelta dell'amministrazione più efficiente. La scelta di produrre o di richiedere l'autorizzazione all'immissione in commercio di un determinato prodotto (come un farmaco) in un determinato paese può essere determinata dalla maggiore efficienza della pubblica amministrazione (in termini di tempi necessari per lo svolgimento delle pratiche burocratiche), oppure dalla maggiore autorevolezza di quest'ultima (che potrebbe consentire un più agevole riconoscimento negli altri ordinamenti delle autorizzazioni ottenute), oppure dalla minore efficienza o

minor rigore dell'amministrazione (al fine di tentare di sfuggire all'attività di vigilanza e di controllo). Infine, vi sono i casi in cui l'arbitraggio ha l'obiettivo di consentire l'applicazione di una norma di un altro paese, al

“Vi sono numerose norme che mettono in relazione ordinamenti diversi, come quelle in materia di libera circolazione delle merci e dei capitali stabilite da accordi bilaterali (ad esempio, i trattati contro le doppie imposizioni) o multilaterali (ad esempio, gli accordi volti alla creazione di un mercato unico).”

fine di superare le limitazioni od i divieti stabiliti dall'ordinamento nazionale, ovvero al fine di utilizzare strumenti ritenuti più adatti a specifiche esigenze. Per esempio, dal momento che la normativa italiana stabiliva che il latte fresco potesse avere una durata di soli cinque giorni, alcuni produttori italiani, nel 2000-2001, avevano aperto uno stabilimento in Germania, per trattare e confezionare il latte che, in base alle norme tedesche e per effetto del principio della libera circolazione delle merci, poteva essere messo in commercio in Italia con una data di scadenza ben maggiore¹⁹.

Gli strumenti di collegamento tra ordinamenti sono quelli individuati dal diritto internazionale e dal diritto pubblico, basati essenzialmente sulla concezione dualista del diritto internazionale, per cui gli ordinamenti statali sono ritenuti originari, separati e sovrani. Sia le norme del diritto internazionale, sia le fonti degli altri ordinamenti statali, per trovare applicazione in un ordina-

mento, hanno bisogno di essere richiamate da quest'ultimo, per mezzo di apposite norme (c.d. norme di rinvio) che permettono alle fonti internazionali o straniere di venire considerate quali fonti-fatto del-

l'ordinamento. Tre sono, per tradizione, le modalità con cui le norme di un ordinamento possono avere rilevanza in un altro: innanzitutto, vi è il caso in

cui un ordinamento superiore è fonte diretta di un ordinamento inferiore; in secondo luogo, vi è il caso in cui un ordinamento superiore influisce sul contenuto di più ordinamenti sottoposti, ma tra di loro indipendenti; infine, vi è il caso in cui un ordinamento, nel determinare da sé il contenuto delle proprie norme, tiene conto delle norme di un altro ordinamento, sottoposto od indipendente da questo²⁰.

La globalizzazione dell'economia e del diritto ha innovato profondamente rispetto a tali strumenti. A parte le forme di collegamento non istituzionali (ossia, assicurate non da norme, ma da mezzi tecnici ed economici), vi sono numerose norme che mettono in relazione ordinamenti diversi, come quelle in materia di libera circolazione delle merci e dei capitali stabilite da accordi bilaterali (ad esempio, i trattati contro le doppie imposizioni) o multilaterali (ad esempio, gli accordi volti alla creazione di un mercato unico).

Le norme che però sembrano

¹⁹ Il caso è illustrato in M. Gnes, *La scelta del diritto*, cit., 128 ss.

²⁰ Cfr. S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1945, pp. 132 ss.; e R. Monaco, *L'efficacia della legge nello spazio*, Utet, Torino, 1952, pp. 1 ss.

consentire, almeno da un punto di vista quantitativo, una più ampia possibilità di arbitraggio, sono quelle che creano organizzazioni internazionali e sovranazionali. Tra queste ultime, l'Unione europea è certamente l'esempio più interessante, perché presenta una serie di meccanismi che, pur avendo come obiettivo la creazione di un mercato unico, presentano diversi gradi di armonizzazione delle normative nazionali, facendo permanere dei dislivelli tra i diversi ordinamenti, che le norme sulla libera circolazione mettono in collegamento.

LA SCELTA DEL DIRITTO IN EUROPA: NUOVE POSSIBILITÀ O NUOVI PROBLEMI?

L'ordinamento europeo, per la sua forte integrazione economica e giuridica, tanto da potervisi intravedere un embrione di ordinamento federale, costituisce un importante esempio e campo di applicazione della scelta del diritto.

Il fondamentale principio del mutuo riconoscimento, come definito dalla Commissione europea nel 1980, sulla base di quanto stabilito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Cassis de Dijon*, implica che "ogni prodotto legalmente fabbricato e posto in vendita in uno Stato membro dev'essere, in linea di massima, ammesso sul mercato di ogni altro Stato membro"²¹. Il mutuo riconoscimento, applicato sia come principio di diretta derivazione dalle libertà di circolazione stabilite dal Trattato Ce, sia nell'ambito di specifiche normative (come quelle che stabiliscono il riconoscimento delle autorizzazio-

ni all'immissione in commercio dei farmaci, o il principio del controllo del paese d'origine per banche od assicurazioni) mette in comunicazione gli ordinamenti nazionali, consentendo così la circolazione non solo delle merci, dei lavoratori, delle imprese, dei servizi e dei capitali, ma anche delle norme nazionali.

Un importante esempio dell'applicazione del principio, in materia di diritto societario (oggetto di armonizzazione europea solo parziale), è il caso *Centros*. Nel maggio del 1992, i coniugi Bryde, di nazionalità danese e residenti in Danimarca, crearono in Inghilterra la società *Centros Ltd.*, una *private limited company* costituita secondo il diritto dell'Inghilterra e del Galles, con lo scopo di minimizzare i costi per l'avvio di un'attività imprenditoriale che questi intendevano svolgere nel loro paese, sfruttando la normativa inglese che richiedeva requisiti inferiori in materia di capitale minimo. Di fronte al rifiuto dell'amministrazione danese di registrare la sede secondaria attraverso la quale i

diziale innanzi alla Corte di giustizia europea. Quest'ultima ritenne legittima l'operazione ideata dai signori Bryde, dal momento che "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. Infatti, il diritto di costituire una società in conformità alla normativa di uno Stato membro e di creare succursali in altri Stati membri è inerente all'esercizio, nell'ambito di un mercato unico, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato"²².

Il diritto comunitario ha messo in comunicazione e, quindi, a confronto, le due normative nazionali considerate dai signori Bryde, consentendo loro di scegliere quella più conveniente. La scelta dell'ordinamento in cui operare l'*incorporation* di una società diviene quindi un fattore cruciale nell'ambito della strategia

economica e commerciale delle imprese.

Un secondo esempio è dato dal caso *Akrich*. La vicenda riguarda un cittadino marocchino che, entrato nel Regno Unito con un visto turistico

della durata di un mese nel febbraio del 1989, non ottenne altri tipi di visto e, nel giugno del 1990, venne condannato per tentato furto e per uso di un documento di identità rubato e quindi espulso. Dopo essere rientrato clandestina-

“L'ordinamento europeo, per la sua forte integrazione economica e giuridica, tanto da potervisi intravedere un embrione di ordinamento federale, costituisce un importante esempio e campo di applicazione della scelta del diritto.”

signori Bryde intendevano operare nel loro paese, in quanto considerata uno strumento per l'elusione delle norme danesi sul conferimento del capitale minimo iniziale, i coniugi Bryde si rivolsero al giudice nazionale, che sollevò una questione pregiu-

²¹ Commissione europea, Comunicazione sulle conseguenze della sentenza emessa dalla Corte di giustizia delle Comunità europee il 20 febbraio 1979 nella causa 120/78, in GUCE 1980 C256, p. 2.

²² Corte di giustizia, sentenza del 9 marzo 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, causa C-212/97, punto 27.

mente nel Regno Unito, nel 1996 sposò una cittadina britannica, ma non riuscì ad ottenere il permesso di soggiorno in qualità di coniuge di un cittadino del Regno Unito, dal momento che la normativa britannica stabilisce che non può essere concesso il permesso o il visto di ingresso al destinatario di un ordine di espulsione (fintantoché questo non venga revocato), anche nel caso in cui il richiedente possenga i requi-

Secretary of State britannico di revocare l'ordine di espulsione e di concedere tale permesso, i coniugi Akrich proposero ricorso al giudice britannico, che sollevò alcune questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia.

Quest'ultima diede sostanzialmente ragione alla strategia dei Signori Akrich, ritenendo che "in presenza di un matrimonio autentico tra un cittadino di uno Stato

(attraverso lo spostamento a fini lavorativi in un altro paese dell'Unione europea, creando così artificiosamente un elemento di "europeità" che ne consente l'applicazione) ad una situazione cui non dovrebbe applicarsi (quale è il rapporto tra un ordinamento statale ed i suoi cittadini o i cittadini di paesi terzi).

L'ordinamento europeo mette in comunicazione gli ordinamenti dei paesi membri; determina, disciplina e controlla il funzionamento degli strumenti di collegamento; non consente agli Stati di limitare l'applicazione di tali strumenti, in quanto giudice dell'interpretazione del diritto comunitario, della sua applicazione e della sua eventuale applicazione abusiva, nonché dei suoi limiti, è esclusivamente il giudice europeo. Gli Stati membri, avendo consentito ad una autolimitazione della propria sovranità – nei settori e nelle materia disciplinate dai trattati europei – non sono più i padroni (o, almeno, i padroni esclusivi) del diritto, neppure in settori, come la disciplina dell'immigrazione, che rappresentano il cuore della sovranità dello Stato.

La profonda penetrazione del diritto europeo nel diritto nazionale

“L'ordinamento europeo mette in comunicazione gli ordinamenti dei paesi membri; determina, disciplina e controlla il funzionamento degli strumenti di collegamento; non consente agli Stati di limitare l'applicazione di tali strumenti, in quanto giudice dell'interpretazione del diritto comunitario, della sua applicazione e della sua eventuale applicazione abusiva, nonché dei suoi limiti, è esclusivamente il giudice europeo.”

siti per l'ingresso. Quindi i Signori Akrich decisero di trasferirsi in Irlanda, dove la Signora Akrich trovò un lavoro: in tale modo, infatti, la Signora Akrich avrebbe acquistato la qualità di "lavoratore comunitario" ed avrebbe potuto godere, al suo ritorno in patria, dell'applicazione delle norme del diritto europeo, che stabiliscono il diritto del lavoratore comunitario di poter essere accompagnato dal proprio coniuge (fatte salve le limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica come individuate dall'ordinamento europeo). Quindi, nel gennaio 1998, il sig. Akrich chiese la revoca dell'ordine di espulsione e il permesso di entrare nel Regno Unito in qualità di coniuge di un lavoratore comunitario. In seguito al diniego da parte del

membro e un cittadino di un paese terzo, la circostanza che i coniugi si siano stabiliti in un altro Stato membro per godere dei diritti conferiti dal diritto comunitario al momento del ritorno nello Stato membro di cui il primo è cittadino non è pertinente ai fini della valutazione della loro situazione giuridica da parte delle competenti autorità di quest'ultimo Stato”²³.

In quest'ultimo caso non viene ricercata l'applicazione di una normativa nazionale più favorevole, usando come strumento di collega-

mento il diritto europeo. Invero, il diritto oggetto di scelta è lo stesso diritto europeo, che viene reso applicabile

“Gli Stati membri, avendo consentito ad una autolimitazione della propria sovranità – nei settori e nelle materia disciplinate dai trattati europei – non sono più i padroni (o, almeno, i padroni esclusivi) del diritto.”

e la conseguente possibilità della circolazione dei diritti nazionali, anche di quelli dei nuovi Stati mem-

²³ Corte di giustizia, sentenza del 23 settembre 2003, *Secretary of State for the Home Department c. Hacene Akrich*, causa C-109/01. L'Avvocato generale Geelhoed, nelle sue Conclusioni, aveva più chiaramente ritenuto che "il fatto che un lavoratore si stabilisca in un altro Stato membro per approfittare di una legislazione più favorevole non costituisce in quanto tale abuso del diritto comunitario". Cfr. anche la sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 2008, *Metock ed altri c. Minister for Justice, Equality and Law Reform*, causa C-127/08.

bri dell'Est europeo, ha portato numerose paure e timori, di cui un esempio è la vicenda del c.d. idraulico polacco. Nel gennaio 2004 la Commissione europea presentò la proposta di direttiva relativa ai servizi nel mercato interno (c.d. direttiva Bolkenstein), in cui si prevedevano "misure che riguardano l'armonizzazione mirata, la cooperazione amministrativa, il principio del paese d'origine e che promuovono l'elaborazione di codici di condotta su determinate questioni"²⁴ e veniva esteso e disciplinato il principio del paese d'origine, stabilendo, tra l'altro, che "gli Stati membri provvedono affinché i prestatori di servizi siano soggetti esclusivamente alle disposizioni nazionali dello Stato membro d'origine applicabili all'ambito regolamentato"²⁵.

Tale proposta suscitò un ampio dibattito sui rischi del c.d. dumping sociale: si temeva che i lavoratori dei paesi dell'Est europeo, come un idraulico polacco o un architetto estone, potessero proporre i loro servizi nei paesi occidentali, con il salario e le regole di protezione sociale dei loro paesi d'origine, portando al "démantèlement de notre modèle économique et social"²⁶. Le conseguenze di tale timore furono il fallimento dei referendum francese ed olandese del 2005 sul Trattato di Roma del 2004 che adotta una

Costituzione per l'Europa e la successiva cancellazione delle norme sull'applicazione del principio del paese d'origine dalla direttiva sui servizi²⁷.

LE REAZIONI DEGLI STATI

Lo sviluppo di un ordine giuridico globale, non fondato sul principio della gerarchia ma ordinato sulla base di complesse e fluide relazioni, che ne evitano lo sviluppo in senso anarchico, assieme alla perdita di sovranità in settori centrali dell'attività dello Stato ed alla porosità dei suoi confini, sono un segno evidente della crisi dello Stato. Tuttavia, gli Stati ed i governi rimangono i protagonisti dello sviluppo dell'ordine globale, pur se nell'ambito di relazioni sempre più complesse.

La scelta del diritto, specie quando incida in modo rilevante sulla politica economica interna, porta gli Stati ad adottare misure unilaterali o multilaterali. Le prime consistono generalmente in inasprimenti delle norme, o in modifiche della legislazione o delle prassi, al fine di eliminare le possibilità di scelta del diritto; le seconde, in accordi tra i diversi ordinamenti coinvolti, tendenti ad armonizzare le normative (in modo da eliminare i dislivelli e, quindi, l'utilità di ricorrere ad un arbitraggio)

ovvero a migliorare le barriere, rafforzando la cooperazione internazionale.

Nel campo della tassazione, per esempio, sono state adottate sia misure unilaterali (come le norme in materia di *transfer pricing* o la redazione di *black list*), sia bilaterali (con accordi di cooperazione che prevedono lo scambio di informazioni, l'isolamento degli Stati che favoriscono pratiche di concorrenza fiscale dannosa, l'adozione di livelli di

“La scelta del diritto porta gli Stati ad adottare misure unilaterali o multilaterali.”

tassazione armonizzati).

Vi sono poi reazioni di tipo competitivo, per cui gli Stati che subiscono le conseguenze dell'arbitraggio entrano in concorrenza con gli altri Stati (c.d. *regulatory competition*)²⁸, adeguando la loro legislazione al fine di renderla più "appetibile". Ne sono di esempio le norme che adeguano gli standard di produzione per renderli compatibili con quelli di altri paesi, ovvero quelle che stabiliscono particolari facilitazioni per attrarre gli investimenti stranieri, ovvero per incentivare il rientro dei capitali fuoriusciti dal paese.

Inoltre, anche gli Stati e le organizzazioni internazionali possono trarre vantaggio dall'utilizzo delle norme di

²⁴ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno, doc. (2004) 2 del 25 febbraio 2004, considerando n. 6.

²⁵ Art. 16 della proposta di direttiva Bolkenstein.

²⁶ P. de Villiers, *La grande triche du oui*, in *Le Figaro*, 15 marzo 2005.

²⁷ Cfr. l'art. 16 della direttiva n. 2006/123/CE del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, ove si parla semplicemente di "libera prestazione di servizi", senza più alcun riferimento espresso al principio del paese d'origine.

²⁸ Secondo K. Gatsios e P. Holmes, *Regulatory competition*, in P. Newman (ed.), *The new Palgrave dictionary of economics and the law*, Macmillan Reference, London, 1998, vol. 3, p. 271, "regulatory competition can be defined as the process where regulators deliberately set out to provide a more favourable regulatory environment, in order either to promote the competitiveness of domestic industries or to attract more business activity from abroad".

un altro ordinamento. Per esempio, la Commissione europea, per conto dell'Unione europea e degli Stati mem-

rompe il monopolio dello Stato nello stabilire il diritto applicabile nel proprio territorio ed attribuisce nuove possibilità di scelta ai propri cittadini ed alle proprie imprese. Gli Stati vengo-

“Gli Stati che subiscono le conseguenze dell'arbitraggio entrano in concorrenza con gli altri Stati.”

bri, ha proposto, nel 2000, una causa negli Stati Uniti contro le multinazionali del tabacco, accusate di favorire il contrabbando e la conseguente evasione fiscale, al fine di sfruttare le più favorevoli norme statunitensi in materia di risarcimento del danno²⁹.

La possibilità di scegliere il diritto

no costretti a confrontarsi: oltre al giudizio fornito dalle agenzie di *rating* sulle economie nazionali, diviene sempre più importante il giudizio degli operatori del mercato relativamente all'efficienza delle pubbliche amministrazioni, all'attrattività degli strumenti giuridici, alla tempestività delle

“Gli Stati vengono costretti a confrontarsi relativamente all'efficienza delle pubbliche amministrazioni, all'attrattività degli strumenti giuridici, alla tempestività delle decisioni amministrative e giudiziarie.”

decisioni amministrative e giudiziarie. Grazie alla globalizzazione dell'economia e del diritto diviene effettivamente possibile il “voting by foot” teorizzato da Charles Tiebout oltre cinquant'anni fa³⁰.

²⁹ Sulla vicenda, e sulla causa proposta dalle multinazionali del tabacco contro la Commissione innanzi ai giudici europei, si v. M. Gnes, Il potere della Commissione europea di adire i giudici dei paesi terzi, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2003, pp. 588 ss.

³⁰ Cfr. il fondamentale studio di C.M. Tiebout, A pure theory of local expenditures, in *Journal of political economy*, 1956, vol. 64, pp. 416 ss., per cui il cittadino insoddisfatto dalla politica (fiscale) adottata da un certo ente locale può manifestare il proprio dissenso emigrando altrove. Il modello è stato oggetto di critiche ed approfondimenti, esaminati da W.E. Oates, An essay on fiscal federalism, in *Journal of economic literature*, 1999, vol. 37, pp. 1120 ss.