

Papers

di diritto europeo



Centro di documentazione europea – Università degli Studi di Verona – *Papers di diritto europeo*, 2015 / 4

Matteo Ortino, *Le competenze esterne dell'Unione europea e le regole bancarie di Basilea*

Cinzia Peraro, *Citizens' Family Life in EU Regulations, with Particular Respect to Property Regimes*

© 2015 Centro di documentazione europea – Università degli Studi di Verona

ISSN 2038-0461

Registrazione al Tribunale di Verona numero 1875 del 22/07/2010

Referee: gli scritti contenuti nella rivista sono valutati attraverso un sistema *peer-review*.

La rivista *open access* “Papers di diritto europeo” raccoglie contributi sui temi dell'integrazione europea nei suoi aspetti di diritto, sia istituzionale sia materiale, e dei suoi riflessi sugli ordinamenti nazionali in una prospettiva interdisciplinare. Sono accolti contributi di professori e ricercatori universitari, come pure di studiosi italiani e stranieri.

I *papers* sono reperibili unicamente in formato elettronico e possono essere scaricati in formato pdf sul sito Internet.

Direzione scientifica:

Prof.ssa Maria Caterina Baruffi

Comitato scientifico:

Prof.ssa Maria Caterina Baruffi, mariacaterina.baruffi@univr.it

Prof.ssa Laura Calafà, laura.calafa@univr.it

Prof. Franco Ferrari, franco.ferrari@nyu.edu

Prof. Matteo Ortino, matteo.ortino@univr.it

Dott.ssa Isolde Quadranti, isolde.quadranti@univr.it

Responsabile tecnico:

Dott. Angelo Mazzotta angelo.mazzotta@univr.it

Editore:

Centro di documentazione europea dell'Università degli Studi di Verona

Dipartimento di Scienze giuridiche

Via Carlo Montanari, 9

37122 Verona

Tel. +39.045.8028847

Fax +39.045.8028846

Le competenze esterne dell'Unione europea e le regole bancarie di Basilea

Matteo Ortino

Abstract

Il presente lavoro riguarda la relazione tra l'attività del Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria e l'ordinamento dell'Unione europea. La questione giuridica di fondo a cui si cerca di dare risposta è se, e come, l'ordinamento UE regola la partecipazione di Stati membri e di istituzioni UE ai lavori del Comitato. E cioè se la partecipazione al Comitato sia soggetta ed, eventualmente, in che misura alle norme costituzionali dell'UE che disciplinano l'esistenza, la natura e l'esercizio delle competenze esterne dell'UE, e quindi di riflesso delle competenze esterne degli Stati membri.

Le competenze esterne dell'Unione europea e le regole bancarie di Basilea

Matteo Ortino*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Esistenza e natura delle competenze esterne dell'UE e degli Stati membri. – 3. Le competenze esterne dell'UE e la regolazione internazionale prudenziale dell'attività bancaria. – 4. Competenza esclusiva dell'UE esercitata con o tramite gli Stati membri. – 5. Competenze esterne dell'UE e Comitato di Basilea. – 5.1. Gli obblighi di reciproca cooperazione in seno al Comitato di Basilea *ex art.* 218, par. 9, TFUE. – 5.2. Gli obblighi di cooperazione *ex art.* 218, par. 9, TFUE e l'interpretazione sistematica delle norme costituzionali UE in tema di competenze esterne. – 6. Gli obblighi di cooperazione e le negoziazioni in seno al Comitato di Basilea.

1. Introduzione.

Uno dei fenomeni attualmente di maggior interesse sul piano delle fonti giuridiche a livello internazionale è la crescente diffusione e importanza di quelle che possiamo chiamare “fonti informali”¹. Per informalità si intende non riconducibilità alle categorie concettuali tradizionali rilevanti nella formazione del diritto nell'ordinamento internazionale, ed è riferita al soggetto regolatore, al processo di formazione delle regole e/o al prodotto finale di tale processo. Il presente lavoro si occupa della relazione tra tali fonti informali e il diritto “formale” o “tradizionale”. In particolare, l'analisi ha a oggetto il rapporto tra le regole elaborate dal Comitato di Basilea per la Vigilanza Bancaria (in breve, il Comitato), da un lato, e l'ordinamento dell'Unione europea (UE), e più precisamente, la disciplina costituzionale dell'UE delle competenze internazionali o “esterne” delle istituzioni UE e degli Stati membri, dall'altro lato. La questione giuridica di fondo a cui si cerca di dare risposta è se, e come, l'ordinamento UE regola la partecipazione di Stati membri e di istituzioni UE ai lavori del Comitato. E cioè se la partecipazione al Comitato sia soggetta ed, eventualmente, in che misura alle norme costituzionali dell'EU che disciplinano l'*esistenza*, la *natura* e l'*esercizio* delle competenze esterne dell'UE, e quindi di riflesso delle competenze esterne degli Stati membri.

La stabilità finanziaria globale esige che a livello internazionale vengano coordinate, almeno in una certa misura, le attività di regolazione bancaria e di vigilanza finanziaria da parte degli Stati e, come nel caso dell'UE, delle comunità regionali di Stati. Le istituzioni in cui viene realizzata una qualche

* Professore associato di Diritto dell'economia nell'Università degli Studi di Verona.

¹ Sul tema v. J. PAUWELYN, R. A. WESSEL, J. WOUTERS (eds), *Informal International Lawmaking*, Oxford 2012.

forma di cooperazione tesa a realizzare tale coordinamento sono molteplici e di varia natura; tra queste hanno assunto una particolare importanza certi organismi internazionali “informali”, ossia non riconducibili alla forme di cooperazione internazionale tipiche per il diritto internazionale (si pensi, ad es., al G-20, al *Financial Stability Board*, o al Gruppo d'Azione Finanziaria Internazionale). Tra tali organismi, il Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria è senza dubbio quello di fatto più influente, ossia maggiormente capace di concretizzare con successo una cooperazione globale sui temi della regolazione e della vigilanza bancaria, in particolare quella prudenziale. Come fissato al punto 1 del suo Statuto, il Comitato “è il principale organismo di definizione degli standard internazionali per la regolamentazione prudenziale del settore bancario. Esso fornisce una sede per la cooperazione in materia di vigilanza bancaria”.

Il Comitato è informale sotto il profilo soggettivo, non essendo un'organizzazione internazionale in senso proprio; per usare le parole dello Statuto del Comitato, questo “non possiede alcuna autorità sovranazionale formale” (punto 3, Statuto)². Al suo interno gli Stati e le organizzazioni internazionali membri del Comitato cooperano per coordinare le attività di regolazione e di vigilanza dell'attività bancaria, senza costituirsi in organizzazione internazionale. I membri del Comitato sono “banche centrali e organismi direttamente competenti per la vigilanza bancaria” (punto 4 Statuto). “Ai fini dell'ammissione di nuovi membri viene tenuta in debita considerazione l'importanza dei loro settori bancari nazionali per la stabilità finanziaria internazionale”. La cooperazione internazionale realizzata nel Comitato non risulta in un accordo internazionale o in nessun'altra fonte normativa prevista dal diritto internazionale. Gli accordi di Basilea³ contengono standard o regole prive di efficacia giuridica vincolante le parti contraenti. “Per adempiere il proprio mandato il CBVB fa affidamento sugli impegni presi da ciascuno dei suoi membri” (punto 3, Statuto). I membri si impegnano tra l'altro ad “attuare e applicare gli standard del [Comitato] all'interno delle proprie giurisdizioni nazionali [o regionali, se del caso] nel rispetto dei tempi previsti dal Comitato” (punto 5, Statuto). Il processo di elaborazione di tali standard e regole è privo di quelle formalità tipiche dei lavori che caratterizzano le attività delle organizzazioni internazionali o le convenzioni internazionali. Il Comitato costituisce un forum di incontro tra i membri le cui decisioni circa gli standard da adottare sono prese nel quadro di attività organizzate in modo molto lasco.

Tra i membri del Comitato vi sono la BCE – sia come autorità monetaria, sia come organismo del Meccanismo di vigilanza unico (o *Single Supervisory Mechanism* - SSM) – e le banche centrali e autorità

² Sul tema v. W. SHAN, P. SIMONS e D. SINGH (eds), *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, Oxford-Portland 2008, p. 339 ss., e la dottrina ivi citata.

³ I più importanti sono gli accordi sulla regolamentazione del capitale e della liquidità delle banche, che si sono succeduti nel corso degli ultimi decenni (i c.d. accordi di Basilea 1, 2, 2.5, e 3).

di vigilanza bancaria di alcuni Stati membri dell'UE (tra cui la Banca d'Italia). Come osservatori, partecipano ai lavori del Comitato anche la Commissione europea e l'EBA (l'Autorità Bancaria Europea).

La questione affrontata in questa sede è se e quanto la partecipazione delle istituzioni Ue e di alcuni Stati membri nel Comitato sia regolata dai Trattati Ue. Questi, in particolare dopo il Trattato di Lisbona, disciplinano le attività internazionali sia dell'Ue, sia degli Stati membri. Si tratta di una normativa costituzionale che in gran parte codifica la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE; le cui funzioni, soprattutto quella consultiva di cui all'art. 218, par. 11, TFUE, rimangono comunque determinanti per chiarire i concetti utilizzati nelle norme scritte dei Trattati.

Le questioni giuridiche intorno alle quali ruota la normativa UE in tema di competenze esterne sono:

- 1) in un determinato settore, chi è competente: l'UE, gli Stati membri o entrambi?;
- 2) se, e nella misura in cui, l'UE è competente, quali istituzioni possono agire, con quali compiti?;
- 3) qual è la disciplina UE che regola le modalità di esercizio delle competenze esterne dell'UE e degli Stati membri?.

Le soluzioni alle tre questioni giuridiche sono riconducibili in ultima analisi all'applicazione di alcuni principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale UE. Per la prima questione, che riguarda l'esistenza e la natura delle competenze esterne UE, è rilevante il principio di attribuzione delle competenze e il principio di efficacia. Per la seconda questione, viene in rilievo il principio dell'equilibrio istituzionale, e per la terza questione viene in rilievo il principio di leale cooperazione. Sebbene distinti, tali principi sono connessi e sovrapposti, come spiegheremo *infra*.

2. Esistenza e natura delle competenze esterne dell'UE e degli Stati membri.

In quanto soggetto autonomo di diritto internazionale, l'UE ha la capacità di agire nell'ordinamento internazionale, concludendo accordi con gli altri soggetti di tale ordinamento (cioè Stati terzi e organizzazioni internazionali) e partecipando alle attività di un'organizzazione internazionale, senza passare tramite i propri Stati membri. L'azione "esterna" dell'UE può essere esercitata anche tramite misure interne di natura normativa o meno, misure cioè che non coinvolgono altri soggetti di diritto internazionale esterni al sistema giuridico UE. Misure che non sono "internazionali", ma "unilaterali". Si pensi all'adozione di direttive o regolamenti con cui l'UE regola fattispecie internazionali (es. l'esportazione o l'importazione di beni da o verso il mercato interno).

Le competenze esterne dell'UE (che si concretizzano in misure internazionali o interne), come tutte le competenze dell'UE, devono essere previste dall'ordinamento UE. Infatti, in base al principio di

attribuzione, uno dei principi costituzionali dell'UE più importanti in materia di competenze, l'UE è titolare delle sole competenze attribuite dai Trattati UE (art. 5, par. 1, TUE). L'UE può agire “esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti” (art. 5, par. 2, TUE). Si deve quindi presumere che una data competenza è rimasta nelle mani degli Stati membri⁴ a meno che non si tratti di una competenza attribuita tramite i Trattati dagli Stati membri all'UE, che può esercitarla solo alle condizioni (positive e/o negative) dettate dagli stessi Trattati (art. 4, par. 1, TUE). Il principio di attribuzione è più volte ribadito nei Trattati⁵, a riprova della volontà degli Stati di impedire alle istituzioni UE di estendere i loro poteri di azione oltre i limiti posti alle loro competenze⁶.

L'ordinamento UE attribuisce le competenze alle istituzioni UE tramite la previsione di specifiche disposizioni, che vanno a costituire le basi giuridiche delle misure UE, stabilendo quale istituzione ha il potere di adottare quali atti, a quali fini, secondo quali procedure, ecc.

Oltre a dover stabilire se l'UE ha una data competenza esterna, occorre stabilirne la natura, e cioè se si tratta di una competenza esclusiva o concorrente con quella degli Stati membri, e la disciplina applicabile al suo esercizio⁷.

Tra le disposizioni dei Trattati UE più rilevanti in questa materia, vi è l'art. 216, par. 1, TFUE, con il quale si stabilisce quando l'UE è competente a concludere accordi internazionali; e l'art. 3 TFUE, in cui si prevedono i casi in cui la competenza esterna dell'UE ha carattere esclusivo. Ai sensi dell'art. 216, par. 1, TFUE, l'UE è dotata di competenza esterna nei casi in cui: è espressamente prevista dai

⁴ T. TRIDIMAS, *Competence after Lisbon. The Elusive Search for bright lines*, in D. ASHIAGBOR et al., (eds), *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge 2012, p. 50.

⁵ V. l'art. 13(2) TUE e il primo capoverso della Dichiarazione (n. 18) relativa alla delimitazione delle competenze, allegata all'Atto finale della Conferenza di Lisbona. Secondo L.S. ROSSI, *Does the Lisbon Treaty Provide a Clearer Separation of Competences between EU and Member States?*, in A. BIONDI, P. ECHOUT e S. RIPLEY (et al.), *EU Law after Lisbon*, Oxford 2012, p. 85-107, a p. 93, “The Lisbon Treaty makes so many references to this principle that it seems to have become almost an obsession”.

⁶ Cfr. E. CHITI, *Beyond Meroni: the Community Legitimacy of the provisions establishing the European Agencies*, in G. DELLA CANANEA (ed), *European Regulatory Agencies*, Paris 2005, p. 75, secondo il quale la Corte europea di giustizia (Corte) affronta i rapporti tra istituzioni, sul piano delle competenze, in modo flessibile, caso per caso, dinamico. La Corte, secondo l'A., adotta criteri giuridici non univoci (p. 83), come esemplificato dalla sua giurisprudenza in materia di basi giuridiche.

⁷ In un settore in cui l'UE ha una competenza esterna, ma non è (ancora) esclusiva, si ha una competenza concorrente, ossia condivisa tra Stati membri e UE: gli Stati membri possono assumere impegni internazionali nella misura in cui l'UE non abbia esercitato la propria competenza (art. 2, par. 2, TFUE). Man mano che l'UE occupa il settore con impegni internazionali, la competenza dell'UE, concorrente in partenza, si trasforma così in esclusiva (si parla di “svuotamento” o “*pre-emption*” delle competenze esterne degli Stati membri), v. L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, V ed., Milano 2014, p. 408. Ci possono essere materie oggetto di accordi internazionali in cui l'UE è dotata di una competenza esterna, ma non tale da coprirle interamente. Le parti “scoperte” sono di competenza “esclusiva” degli Stati membri. Nella conclusione di tali accordi, quindi, l'UE deve essere necessariamente affiancata dagli Stati membri (si parla, in tal caso, di accordi misti).

Trattati; o è necessaria per la realizzazione di uno degli obiettivi fissati dai Trattati, nell'ambito delle politiche dell'UE; o è prevista da un atto giuridico vincolante dell'UE; o l'accordo può incidere su norme comuni o alternarne la portata.

Per quanto riguarda la natura esclusiva o concorrente della competenza esterna UE, si tratta di stabilire se la competenza UE o il suo esercizio precluda la sopravvivenza della contestuale competenza esterna degli Stati membri nel medesimo campo. La competenza esterna dell'UE, in base all'art. 3, par. 1 e 2, TFUE, è esclusiva nei settori rientranti nella competenza esclusiva dell'Unione sul piano interno; per gli accordi la cui conclusione è prevista da un atto legislativo dell'UE; per gli accordi la cui conclusione è necessaria a consentire all'UE di esercitare le sue competenze a livello interno; e per gli accordi la cui conclusione può incidere su norme comuni o modificarne la portata.

Con gli artt. 216 e 3, par. 1 e 2, TFUE, il Trattato di Lisbona ha voluto codificare i risultati acquisiti nel tempo dalla giurisprudenza in tema di competenze esterne. Anche alla luce di tale giurisprudenza è possibile identificare nel principio di efficacia uno dei principi più importanti nel guidare l'attività interpretativa della Corte, anche nel settore in esame. In base a tale principio, la Corte individua l'interpretazione più utile al corretto funzionamento dell'ordinamento UE⁸. In relazione alle competenze esterne, seguendo la logica di ciò che è necessario per il funzionamento dell'Unione, la Corte ha stabilito gran parte dei criteri per identificare l'esistenza e la natura delle competenze esterne UE. Le competenze esterne UE esistono e sono del caso esclusive, in quanto l'esistenza e l'esclusività sono necessarie a realizzare o difendere l'efficacia del diritto e delle politiche UE.

All'art. 13, par. 2, TUE si ripete il principio di attribuzione facendo specifico riferimento alle istituzioni UE e ai loro rapporti. Si parla a questo proposito di principio di bilanciamento o equilibrio istituzionale: "Ciascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dai trattati, secondo le procedure, condizioni e finalità da essi previste. Le istituzioni attuano tra loro una leale cooperazione". Da tale disposizione deriva, in primo luogo, il divieto per un'istituzione, tanto di estendere unilateralmente, nell'esercizio delle proprie attività istituzionali, i propri poteri⁹, quanto di trasferirli ad un'altra istituzione o comunque ad altro organismo, a meno che ciò non sia permesso dai Trattati¹⁰. In secondo luogo, dalla disposizione in parola si ricava che i poteri delle istituzioni e il loro esercizio sono limitati dall'obbligo di osservare determinate "procedure, condizioni e finalità", così come sono specificate in altre norme dei Trattati. In terzo luogo, ciascuna istituzione ha l'obbligo di esercitare i propri poteri tenendo nel dovuto riguardo i poteri di cui sono titolari le altre istituzioni e il

⁸ Sul tema v. M. ORTINO, *A reading of the EU constitutional legal system through the meta-principle of effectiveness*, in *Cahiers de droit européen*, 2016, n. 1.

⁹ R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, Cambridge 2012, p. 84. Nella giurisprudenza v. Corte giust., 10 luglio 1986, *Wybot c. Faure*, 149/85, EU:C:1986:310, pt 23.

¹⁰ R. SCHÜTZE, *European cit.*, p. 85.

loro esercizio; ciò implica tra l'altro la necessaria cooperazione che deve informare i rapporti tra le varie istituzioni UE¹¹.

L'obbligo di cooperazione è previsto in modo esplicito dai Trattati UE per quanto attiene ai rapporti tra l'Unione e gli Stati membri (art. 4, par. 3 TFUE). Ciò vale in particolare per gli Stati membri (gran parte dell'art. 4, par. 3, TFUE, è rivolto agli Stati, e la Corte applica loro il dovere di leale cooperazione in modo più rigoroso di quanto non faccia nei confronti dell'UE¹²). Dal principio di leale cooperazione discende in capo agli Stati membri tanto obblighi positivi quanto negativi. Essi devono adottare ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal diritto primario o derivato UE. Devono facilitare all'UE l'adempimento dei suoi compiti, e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione.

Il principio di leale cooperazione, che costituisce un'ulteriore manifestazione del principio di efficacia, trova una specifica e particolarmente importante applicazione nel settore delle competenze esterne dell'UE. Come vedremo, ove sussista una competenza esterna in capo all'UE (che sia esclusiva o concorrente)¹³, gli Stati membri, ove necessario, sono obbligati a collaborare tra loro e con le istituzioni UE in funzione dell'efficacia del diritto e dell'azione UE¹⁴.

3. Le competenze esterne dell'UE e la regolazione internazionale prudenziale dell'attività bancaria.

Se gli accordi di Basilea fossero atti di un'organizzazione internazionale o accordi internazionali, e quindi fossero riconducibili alle fonti tradizionali di diritto internazionale, come sarebbe regolata dall'ordinamento UE la partecipazione di istituzioni UE e Stati membri al Comitato? L'UE sarebbe competente a partecipare all'attività del Comitato, e lo sarebbe in via esclusiva. Il campo della disciplina

¹¹ Corte giust., 4 ottobre 1991, causa C-70/88, *Parlamento c. Consiglio*, EU:C:1991:373, pt 22.

¹² Corte giust., 12 febbraio 2009, causa C-45/07, *Commissione c. Grecia* ("IMO"), EU:C:2009:81.

¹³ "[L]a Corte ha già statuito che tale obbligo di leale cooperazione è di applicazione generale e non dipende né dal carattere esclusivo o meno della competenza comunitaria di cui trattasi, né dall'eventuale diritto degli Stati membri di contrarre obblighi nei confronti degli Stati terzi", sentenza Corte giust., grande sez., 20 aprile 2010, causa C-246/07, *Commissione c. Svezia*, EU:C:2010:203, pt. 71.

¹⁴ Per esempio, la Corte ha affermato che "l'adozione di una decisione che autorizza la Commissione a negoziare un accordo multilaterale a nome della Comunità segna l'inizio di un'azione comunitaria concertata sul piano internazionale e implica, a tale titolo, se non un obbligo di astensione a carico degli Stati membri, quanto meno un obbligo di stretta cooperazione tra questi ultimi e le istituzioni comunitarie, in modo da facilitare l'esecuzione dei compiti della Comunità nonché da garantire l'unità e la coerenza dell'azione e della rappresentanza internazionali di quest'ultima", sentenza Corte giust., grande sez., 20 aprile 2010, *Commissione c. Svezia* cit., pt. 75. "[G]li Stati membri hanno obblighi particolari di azione e di astensione in una situazione in cui la Commissione ha presentato al Consiglio proposte che, pur se non adottate da quest'ultimo, rappresentano il punto di partenza di un'azione comunitaria concertata" (*Ibidem*, pt. 74).

prudenziale internazionale è infatti da considerarsi un settore di competenza UE e tale competenza è da considerarsi di natura esclusiva.

L'UE è dotata di una competenza esterna in materia di vigilanza prudenziale, per es. in base all'art. 216 TFUE¹⁵: "L'Unione può concludere un accordo con uno o più paesi terzi o organizzazioni internazionali ... qualora la conclusione di un accordo ... possa incidere su norme comuni o alternarne la portata". In dottrina, si parla di competenze esterne "complementari", nel senso che costituiscono una necessaria integrazione degli atti adottati nell'esercizio di una competenza interna. Ciò che caratterizza le competenze esterne complementari è la loro funzionalità alla competenza interna esercitata mediante l'adozione di una normativa di diritto dell'UE derivato. L'idea di fondo è che una volta regolato un determinato settore interno, l'ordinamento UE attribuisce all'Unione la competenza a concludere accordi internazionali che prevedono una disciplina del medesimo settore, idonea quindi a incidere sulla disciplina interna. In tema di regolazione prudenziale, dalla normativa UE¹⁶ che ormai da anni regola per intero gli aspetti prudenziali della disciplina e della vigilanza prudenziale, deriva la competenza UE a agire all'esterno in corrispondenza dei medesimi aspetti.

La competenza UE in materia di regolazione prudenziale è inoltre esclusiva. Ciò significa in linea generale che, in tema di regolazione bancaria prudenziale, gli Stati possono agire all'esterno e, concludere accordi internazionali vincolanti, autonomamente "solo se autorizzati dall'Unione oppure per dare attuazione agli atti dell'Unione" (art. 2, par. 1 TFUE). In base all'art. 3, par. 2, TFUE, l'Unione ha competenza esclusiva per la conclusione di accordi internazionali "nella misura in cui può incidere su norme comuni o modificarne la portata". Tale fattispecie comprende i casi in cui gli obblighi convenzionali contratti autonomamente dagli Stati membri avrebbero una incidenza negativa su misure adottate dall'UE. L'esclusività è necessaria per evitare tale incidenza. Esempi di tali ipotesi sono forniti dalla giurisprudenza UE, ed in particolare dal filone giurisprudenziale c.d. "AETS"¹⁷. Quella più rilevante ai fini del presente lavoro è l'ipotesi in cui l'UE abbia realizzato un'armonizzazione completa

¹⁵ Si noti che quella indicata, e discussa, nel testo non è l'unica base giuridica possibile per la competenza esterna UE nel settore bancario; ma è quella più rilevante nel caso degli accordi di Basilea, vista l'occupazione del settore interno da parte della legislazione UE. In materia bancaria, altre basi possono venire in rilievo, come quella espressa, relativa alla politica commerciale comune di cui all'art. 207 TFUE (applicabile ove si tratti principalmente di rimuovere ostacoli al commercio internazionale dei servizi bancari) e quella *ex* art. 216 TFUE, nella parte in cui si prevede che un atto di diritto UE derivato può prevedere la conclusione di un accordo internazionale.

¹⁶ Si veda in particolare la [direttiva 2013/36/UE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013 sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE (la c.d. "*Capital Requirements Directive IV*" [CRD IV]). E il [regolamento \(UE\) n. 575/2013](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012. Testo rilevante ai fini del SEE (il c.d. "*Capital Requirements Regulation*" [CRR]).

¹⁷ Corte giust., 31 marzo 1971, causa C-22/70, *Commissione c. Consiglio* ("AETS"), EU:C:1971:32.

in un determinato settore¹⁸, come è il caso del settore della regolazione bancaria prudenziale. In questi casi, per effetto del proprio intervento, il regolatore UE ‘occupa’ un’area o un settore della materia regolata, così producendo l’effetto (c.d. di *pre-emption*) di escludere la possibilità che gli Stati membri possano concludere un accordo internazionale relativo alla medesima area idoneo a incidere sulle misure UE. In base alla giurisprudenza AETS “qualora siano state adottate norme comuni, gli Stati membri non hanno più il potere – né individualmente né collettivamente – di contrarre con gli Stati terzi obbligazioni che incidano su dette norme. Anche in un caso simile l’[UE] dispone di una competenza esclusiva a concludere gli accordi internazionali”¹⁹.

Il criterio fondamentale per determinare la natura esclusiva della competenza UE si basa sull’effetto negativo che l’azione esterna statale è idoneo ad avere sul diritto UE. La Corte parla di impegni internazionali degli Stati membri idonei a “incidere” sulle norme comuni UE o ad alternarne la “portata” (a volte la Corte parla, non di portata ma, di “efficacia” delle norme UE²⁰). L’accertamento di tale effetto implica l’analisi, da un lato, di due elementi, la normativa UE e l’accordo internazionale, e, dall’altro lato, dell’impatto potenziale del secondo sul primo. Per determinare la natura esclusiva della competenza esterna UE occorre accertare concretamente l’esistenza del pregiudizio, ossia se “la conclusione di un accordo da parte degli Stati membri sia incompatibile con l’unicità del mercato comune e con l’applicazione uniforme del diritto” dell’UE²¹. Il verificarsi dell’effetto preclusivo della competenza nazionale deve essere oggetto di accertamento mediante “un’analisi concreta del rapporto esistente tra l’accordo previsto e il diritto [dell’UE] in vigore e da cui risulti che la conclusione di un tale accordo può incidere sulle norme [dell’UE]”²². Più in particolare, “occorre effettuare un’analisi globale e concreta al fine di verificare se l’[UE] disponga della competenza a concludere un accordo internazionale e se tale competenza sia esclusiva. A tal fine, occorrere prendere in considerazione non solo il settore disciplinato sia dalle norme comunitarie sia dalle disposizioni dell’accordo previsto, ove esse siano note, ma anche la natura e il contenuto di tali norme e disposizioni, al fine di assicurarsi che l’accordo non sia tale da pregiudicare l’applicazione uniforme e coerente delle norme comunitarie e il

¹⁸ Corte giust., seduta plenaria, 7 febbraio 2006, parere 1/03, EU:C:2006:81, pt. 45 e 121 confermano la natura esemplificativa di tali casi, ricondotti nell’ambito della medesima giurisprudenza AETS. Cfr. B. VAN VOOREN, R. A. WESSEL, *EU External Relations Law. Text, Cases and Materials*, Cambridge 2014, p. 125.

¹⁹ Parere 1/03 cit., pt. 116.

²⁰ Corte giust., 14 luglio 2005, causa C-433/03, *Commissione c. Germania*, EU:C:2005:462, pt. 42 e 44; 12 febbraio 2009, *Commissione c. Grecia* (“IMO”) cit., pt. 17. Per un esempio di accordo internazionale il cui contenuto avrebbe inciso negativo sulle norme comuni UE o alterato la loro portata v. Corte giust., grande sez., 4 settembre 2014, causa C-114/12, *Commissione c. Consiglio*, EU:C:2014:2151.

²¹ Parere 1/03 cit., pt. 122.

²² Parere 1/03 cit., pt. 124 in cui si collega proprio al principio di attribuzione l’obbligo di verificare in modo rigoroso l’esistenza e poi la natura esclusiva della competenza UE.

corretto funzionamento del sistema che esse istituiscono”²³. Su questi aspetti ritorneremo *infra*, a proposito delle regole elaborate dal Comitato.

4. Competenza esclusiva dell'UE esercitata con o tramite gli Stati membri.

Una volta stabilito che in relazione alle attività del Comitato, qualora gli accordi di Basilea costituissero accordi internazionali, l'UE sarebbe titolare di una competenza esclusiva, occorre soffermarci sulle modalità con cui l'azione esterna dell'UE potrebbe essere realizzata. In relazione a quest'ultima questione è importante sottolineare come essa emerga in un ambito esterno a quello dell'UE, in cui quindi vengono in rilievo non solo norme di altri ordinamenti giuridici, quale quello di diritto internazionale, ma anche soggetti giuridici diversi dall'UE e dagli Stati membri, e cioè altri Stati e organizzazioni internazionali, con le loro caratteristiche e le loro disposizioni istituzionali ed organizzative. Tutto ciò per dire che l'esercizio concreto della competenza esterna da parte dell'UE deve fare i conti con i vincoli che derivano dagli elementi giuridici e politici presenti in tale ambiente esterno. L'UE deve adeguare la propria azione esterna a tali vincoli e a tale ambiente. Tale esigenza di adeguamento emerge in particolare nel rapporto tra l'UE, nell'esercizio delle proprie competenze esterne, e organismi internazionali. In questa materia si deve evidenziare la quasi assenza di dati normativi certi presenti nell'ordinamento costituzionale dell'UE. Il Trattato di Lisbona, nonostante l'incremento sul piano quantitativo e della varietà degli organismi internazionali operanti sulla scena economica internazionale e della loro importanza per l'azione esterna dell'UE, non offre che pochi elementi a disciplina del rapporto tra l'UE e questi organismi internazionali. Si pensi per esempio alla mancanza quasi totale di norme costituzionali che regolano la rappresentanza dell'UE in tali consessi²⁴. Ciò da un lato può risultare un vantaggio per la facilità con cui l'UE è in grado di adeguarsi alla già citata varietà di soggetti e fattispecie con cui deve operare. Grazie infatti all'assenza di norme costituzionali in materia, l'UE può godere di uno spazio di manovra che le permette un adeguato grado di elasticità e adattabilità per esercitare le proprie competenze esterne. Dall'altro lato, la mancanza di riferimenti normativi espressi non vuole e non può necessariamente significare assenza di disciplina costituzionale. Ciò costringe il giurista ad una difficile attività di ricerca delle soluzioni, ricavabili dall'ordinamento costituzionale, alle questioni giuridiche che emergono in tale materia²⁵.

²³ Parere 1/03 cit., pt. 133.

²⁴ Cfr. J. WOUTERS, S. VAN KERCKHOVEN e J. ODERMATT, *The EU at the G20 and the G20's impact on the EU*, in B. VAN VOOREN et al. (eds), *The EU's role in global governance. The legal dimension*, Oxford 2013, pt. 270. A. HERVÉ, *The participation of the European Union in Global Economic Governance Fora*, in *European Law Journal*, vol 18, 2012, pp. 143-161.

²⁵ V. ad es. M. CREMONA, *Member States as Trustees of the Union Interest: participating in international agreements on behalf of the European Union*, in A. ARNULL et al. (eds.), *A constitutional order of States? Essays in Eu law in Honour of*

Uno dei vincoli a cui l'UE è a volte costretta ad adeguarsi in contesti internazionali è costituito dall'impossibilità, sul piano del diritto internazionale e a differenza dei propri Stati membri, di partecipare direttamente alla negoziazione e alla conclusione di un accordo in seno ad un organismo internazionale, pur avendo l'UE nella materia oggetto dell'accordo una competenza esterna esclusiva o comunque concorrente in base al diritto dell'UE. Ciò avviene per esempio quando l'UE non è membro dell'organismo internazionale in questione perché lo statuto di quest'ultimo prevede che lo status di membro può essere attribuito solo a Stati, e non a organizzazioni economiche regionali come l'UE. È il caso di molti accordi conclusi sotto l'egida delle Nazioni Unite, come l'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) e l'International Maritime Organization (IMO), che vedono la partecipazione non dell'UE, ma di Stati membri dell'UE. L'UE può non essere membro di un organismo internazionale nonostante la materia rientri nella sua competenza esclusiva (o comunque concorrente), anche per ragioni storico-politiche: l'UE può avere ottenuto tale competenza solo dopo anni l'istituzione di tale organismo, la cui composizione storica quindi vede solo gli Stati membri come partecipanti²⁶. Questo è in parte l'ipotesi riscontrabile in relazione al Comitato di Basilea: solo alcuni Stati membri ne fanno parte, e solo recentemente sono stati ammessi come membri o come osservatori alcune istituzioni UE (BCE e Commissione) e l'autorità UE di vigilanza bancaria (l'EBA).

La Corte è riuscita a gestire simili difficoltà adottando sul piano ermeneutico il caratteristico approccio funzionale, imponendo agli Stati membri, come attori internazionali, determinati obblighi - positivi e negativi, sostanziali e procedurali - al fine di promuovere o comunque tutelare gli interessi dell'UE. La Corte ha fatto derivare tali obblighi dal dovere costituzionale degli Stati membri di lealtà nei confronti dell'UE previsto all'art. 4, par. 3 TUE. L'obbligo di lealtà si specifica in particolare nell'obbligo di cooperazione: "Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati" .. e "facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti".

Dall'obbligo di cooperazione la Corte ha dedotto la possibilità di imporre agli Stati membri, se necessario, l'obbligo di esercitare una competenza esterna UE esclusiva per conto e nell'interesse dell'UE²⁷. Questo accade ad es. quando l'UE non può essere parte delle negoziazioni, in quanto non è membro dell'organismo internazionale in seno al quale tali negoziazioni si svolgono. L'esercizio della competenza UE tramite gli Stati membri nell'interesse dell'UE comporta l'obbligo degli Stati membri di

Alan Dashwood, Portland-Oxford 2011, pp. 435-457.

²⁶ Corte giust., 12 dicembre 1972, cause 21-24/72 *International Fruit Company*, EU:C:1972:115, in relazione alla materia coperta dal GATT.

²⁷ Corte giust., 19 marzo 1993, parere 2/91, EU:C:1993:106, pt. 5, 36-37.

agire in modo coordinato, adottando una posizione comune²⁸. Ove si tratti di una competenza UE esclusiva, si ritiene che quest'ultimo obbligo costituisca un obbligo di risultato: non basta il tentativo di raggiungere una posizione comune, non essendo legittima una negoziazione esercitata autonomamente²⁹.

Del resto, i Trattati UE prevedono che nei settori di esclusiva competenza dell'UE, il divieto di azione degli Stati membri non è assoluto; ciò che è precluso agli Stati membri è di agire in modo autonomo senza l'autorizzazione dell'UE o per uno scopo diverso da quello di dare attuazione agli atti dell'UE (art. 2, par. 1, TUE).

Nel parere 2/91 la Corte è chiamata a pronunciarsi sulla competenza dell' (allora) Comunità in relazione alla convenzione n. 170 elaborata sotto gli auspici dell'OIL. Dapprima, la Corte distingue la questione della competenza della Comunità, alla luce del diritto comunitario, nel settore che è oggetto della convenzione n. 170, dalla questione della capacità internazionale della Comunità di aderire a tale convenzione in base alle norme della Costituzione dell'OIL, chiarendo che la domanda di parere verte sulla prima questione, e che non può "quindi prendere in esame gli eventuali ostacoli che la Comunità potrebbe incontrare nell'esercizio della propria competenza in forza di talune norme contenute nella Costituzione dell'OIL." Allo stesso tempo, però, la Corte afferma quanto segue: "Va comunque osservato che, se a norma della Costituzione dell'OIL la Comunità non può concludere direttamente la convenzione n. 170, la sua competenza esterna può del caso essere esercitata per il tramite degli Stati membri congiuntamente nell'interesse della Comunità"³⁰. Nel corso del parere la Corte dopo aver giudicato che alcuni aspetti della convenzione erano di competenza esclusiva della Comunità, mentre altri rientrano nella competenza concorrente, procede a evidenziare l'importanza dell'obbligo di cooperazione tra Comunità e Stati membri di cui all' art. 10 TCE (attuale art. 4, par. 3, TUE). Quest'ultima disposizione, infatti, prevede che gli Stati membri devono adottare "ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione" e facilitare "all'Unione l'adempimento dei suoi compiti". L'applicazione dell'obbligo di cooperazione in contesti come quelli dell'OIL è fatta derivare "dall'esigenza di unità nella rappresentanza internazionale della Comunità", ed è doppiamente necessario, in quanto si tratta di convenzioni che rientra in parte nella competenza della Comunità e in

²⁸ Corte giust., 31 marzo 1971, *Commissione c. Consiglio* ("AETS") cit., pt. 52.

²⁹ M. CREMONA, *Member States as Trustees of the Union Interest: Participating in International Agreements on Behalf of the European Union*, in A. ARNULL et al. (eds), *A Constitutional order of States? Essays in EU law in Honour of Alan Dashwood*, Portland-Oxford 2011, pp. 440 e 443.

³⁰ Parere 2/91 cit., pt. 5.

parte in quella degli Stati membri, e in quanto la Comunità non può allo stato attuale del diritto internazionale stipulare essa stessa una convenzione, dovendo farlo per il tramite degli Stati membri³¹.

5. Competenze esterne dell'UE e Comitato di Basilea.

Dall'analisi normativa finora condotta discende che se gli accordi di Basilea costituissero atti giuridicamente vincolanti, gli Stati membri partecipanti non potrebbero negoziare il contenuto degli standard in maniera autonoma. Ci sarebbe l'obbligo di condurre tali negoziazioni sulla base di una posizione comune previamente adottata in seno alle istituzioni UE.

Ci si pone quindi la seguente domanda: quanto appena affermato significa che la normativa costituzionale UE non si applica alle attività del Comitato e che quindi all'interno del Comitato di Basilea, inteso come organismo internazionale informale e teso a produrre regole non formalmente vincolanti, gli Stati membri possono agire autonomamente, in ipotesi anche in conflitto con la posizione della BCE, quella della Commissione e quella dell'EBA?

La questione è ancora incerta, visto che la Corte non ha avuto ancora l'opportunità di pronunciarsi in modo specifico in merito alla partecipazione degli Stati membri in organismi come il Comitato di Basilea. Pur tuttavia è possibile evidenziare qualche elemento che potrebbe *consentire* e *spingere* i giudici di Lussemburgo a interpretare le norme UE nel senso di obbligare gli Stati membri ad agire, anche in seno al Comitato, in modo coordinato tra loro e con le istituzioni UE coinvolte. Si può a questo proposito individuare tanto una base giuridica all'interno della normativa dei Trattati UE quanto delle argomentazioni interpretative sistematiche a supporto di tale scelta interpretativa.

5.1. Gli obblighi di reciproca cooperazione in seno al Comitato di Basilea *ex* art. 218, par. 9, TFUE.

Prima di tutto, vi è una base giuridica costituzionale che la Corte può utilizzare per sostenere la suddetta interpretazione. Si tratta dell'art. 218, par. 9, TFUE, in base al quale il “Consiglio su proposta della Commissione o dell'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, adotta una decisione [...] che stabilisce le posizioni da adottare a nome dell'Unione in un organo istituito da un accordo, se tale organo deve adottare atti che hanno effetti giuridici”.

Con la decisione adottata a maggioranza qualificata dal Consiglio sulla base dell'art. 218, par. 9, TFUE, l'Unione stabilisce la propria posizione in relazione ai settori di sua competenza, che dovrà essere espressa in suo nome all'interno di un organismo internazionale in funzione di un atto che ivi si intende adottare. La decisione ha carattere vincolante, da una parte, per il Consiglio e per la

³¹ Ibidem, pt. 36-37.

Commissione e, dall'altra, per gli Stati membri, imponendo loro di difendere detta posizione. Qualora l'UE non sia membro di tale organismo sono gli Stati membri che dovranno esprimere la posizione stabilita dal Consiglio, agendo congiuntamente nell'interesse dell'Unione³².

Tale disposizione è stata recentemente oggetto di una pronuncia della Corte, particolarmente utile per le analogie tra la fattispecie in causa e gli accordi di Basilea³³. Si tratta di un atto non vincolante di diritto internazionale, e cioè delle raccomandazioni formulate in seno all'Organizzazione internazionale della vigna e del vino (OIV) – di cui l'UE in sé non è membro, mentre lo sono vari Stati membri -. La questione sollevata davanti alla Corte riguarda l'applicabilità dell'art. 218, par. 9, TFUE a tali raccomandazioni; in particolare il ricorrente, la Germania, chiede l'annullamento della decisione del Consiglio dell'UE del 18 giugno 2012 che stabilisce la posizione da adottare in seno all'OIV a nome dell'UE in merito a tali raccomandazioni. La Germania sostiene che l'art. 218, par. 9, TFUE, non sia applicabile, e ciò per molteplici ragioni. Quelle più rilevanti ai nostri fini sono due. La prima ragione è che la suddetta norma non si applica in un contesto in cui l'accordo istitutivo dell'organizzazione internazionale, come l'accordo OIV, è stato concluso da Stati membri e non dall'Unione in quanto tale. La seconda ragione è che le raccomandazioni dell'OIV non costituiscono “atti che hanno effetti giuridici”, ai sensi dell'art. 218, par. 9 TFUE, che includono, secondo la Germania, soltanto gli atti di diritto internazionale vincolanti.

La Corte non ha accolto il ricorso della Germania, ritenendo applicabile l'art. 218, par. 9 alle raccomandazioni dell'OIV, e quindi valida la decisione del Consiglio.

I giudici hanno respinto il primo motivo del ricorso, sostenendo, in primo luogo, che la lettera di tale disposizione non osta a che l'Unione adotti una decisione che stabilisce una posizione da adottare a suo nome in un organismo istituito da un accordo internazionale di cui non è parte. In secondo luogo, ad ulteriore supporto della competenza dell'UE ad agire all'interno di un organismo internazionale di cui non è parte, la Corte richiama la propria giurisprudenza relativa all'esistenza e alle modalità di esercizio delle competenze esterne esclusive dell'UE.

Per quanto riguarda l'esistenza e la natura della competenza, la Corte evidenzia che l'UE è dotata di una competenza esterna esclusiva nei settori come quello in causa, e cioè l'organizzazione comune dei mercati vitivinicoli, in quanto “in amplissima misura disciplinato dal legislatore UE” sulla base della competenza interna *ex* art. 43 TFUE. La Corte fa quindi implicitamente riferimento alle ipotesi cui l'attribuzione della competenza UE di natura esclusiva discende dal rischio che l'atto internazionale potrebbe incidere su atti interni o rischierebbe di alterarne la portata (art. 216, par. 1; art. 3, par. 2 TFUE). E' questa l'interpretazione sostenuta dal Consiglio nel procedimento (v. pt. 43).

³² Corte giust., 1° ottobre 2009, causa C-370/07, *Commissione c. Consiglio*, EU:C:2009:590, pt. 43-44.

³³ Corte giust., grande sez., 7 ottobre 2014, causa C-399/12, *Germania c. Consiglio*, EU:C:2014:2258.

Questo è un passaggio particolarmente importante ai fini della nostra analisi, in quanto la Corte, invocando tale modalità di attribuzione delle competenze esterne UE al caso di specie, sembra ammettere l'estensione della disciplina sull'esistenza della competenza esclusiva anche alle ipotesi in cui non si tratta di stipulare accordi internazionali (cioè, atti vincolanti), ma regole di soft-law.

Per quanto riguarda la modalità di esercizio di tale competenza, la Corte conferma che tale competenza può essere esercitata anche all'interno di un consesso internazionale di cui l'UE non fa parte. L'UE può esercitare tale competenza dando "mandato" agli Stati membri di rappresentarla, e cioè "stabilendo, nel quadro delle sue istituzioni, una posizione da adottare a suo nome nell'organismo istituito da tale accordo, segnatamente tramite gli Stati membri parti di detto accordo, che agiscono congiuntamente nel suo interesse (v. Corte giust., sentenza 12 febbraio 2009, *Commissione c. Grecia*, C-45/07, EU:C:2009:81, punti 30 e 31; v. altresì, in tal senso, 19 marzo 1993, parere 2/91, EU:C:1993:106, punto 5)".

Anche la seconda ragione del ricorso, secondo cui gli "atti che hanno effetti giuridici" ai sensi dell'art. 218, par. 9, TFUE devono essere atti giuridicamente vincolanti, viene respinta dalla Corte. La quale di fatto distingue, al pari di quanto sostenuto dal Consiglio e dalla Commissione durante il procedimento, tra gli accordi internazionali (vincolanti) dell'UE o quanto meno gli atti che producono effetti giuridici nell'ordinamento internazionale, e gli atti che producono effetti giuridici nell'ordinamento dell'UE. La Corte ritiene che è quest'ultimo concetto che l'art. 218, par. 9, TFUE adotta. Conseguentemente è irrilevante che le raccomandazioni dell'OIV non siano giuridicamente vincolanti o rilevanti nell'ordinamento internazionale. Ciò che è necessario e sufficiente è che esse producano "effetti giuridici" nell'ordinamento dell'UE.

E' interessante a questo punto soffermarci sugli elementi che la Corte rileva ai fini di sostenere l'idoneità delle raccomandazioni OIV a produrre effetti giuridici nel diritto UE. La Corte, in primo luogo, evidenzia che tali raccomandazioni "sono dirette ... [a] sostenere le altre organizzazioni internazionali, segnatamente quelle che svolgono attività normative, nonché ...[a] contribuire all'armonizzazione internazionale delle pratiche e delle norme esistenti e, all'occorrenza, all'elaborazione di nuove norme internazionali".

In secondo luogo, la Corte osserva che "l'OIV ha il compito di sorvegliare l'applicazione di tali raccomandazioni, in collaborazione con i suoi membri."

In terzo luogo, "nel contesto dell'organizzazione comune dei mercati vitivinicoli, il legislatore dell'UE incorpora dette raccomandazioni nella normativa adottata a tale riguardo." Quindi la legislazione UE ha predisposto un rinvio automatico a quanto deliberato dall'OIV.

In quarto luogo, la stessa legislazione UE dispone che la Commissione “si basa” sulle raccomandazioni dell’OIV per l’autorizzazione di pratiche enologiche, implicando necessariamente che siffatte raccomandazioni debbano essere prese in considerazione ai fini dell’elaborazione delle norme del diritto dell’Unione a riguardo.

Ne consegue che le raccomandazioni “sono tali da incidere in modo determinante sul contenuto della normativa adottata dal legislatore dell’Unione nell’ambito dell’organizzazione comune dei mercati vitivinicoli” (pt. 63). L’incidenza diretta sull’*acquis* dell’UE nell’ambito di cui trattasi che tali raccomandazioni sono idonei ad avere, “segnatamente stante il loro inserimento nel diritto dell’Unione”, fa sì che tali atti abbiano “effetti giuridici” ai sensi dell’art. 218, par. 9, TFUE in tale ambito.

Alla luce di tale interpretazione, si può sostenere che gli Accordi di Basilea hanno “effetti giuridici” sul diritto UE in materia prudenziale ai fini dell’art. 218, par. 9, TFUE? Se così fosse, merita ribadirlo, gli Stati membri che fanno parte del Comitato di Basilea dovrebbero attenersi alla posizione comune decisa in seno al Consiglio.

Da un lato, manca nella legislazione UE in materia prudenziale un rinvio dinamico alle regole di Basilea come quello di cui alla sentenza; e le autorità di vigilanza bancaria non si basano direttamente sulle regole di Basilea nell’esercizio delle loro attività. In questo le raccomandazioni dell’OIV si differenziano dalle regole di Basilea.

Dall’altro lato, tuttavia, come nel caso dell’OIV, la *ratio* dell’attività “normativa” del Comitato di Basilea è proprio quella di “contribuire all’armonizzazione internazionale delle pratiche e delle norme esistenti, e all’occorrenza all’elaborazione di nuove norme internazionali” in tema regolazione bancaria.

Inoltre, come nel caso dell’OIV, il Comitato ha predisposto un sistema di monitoraggio dell’osservanza degli standard concordati, relativamente stringente. Si prevedono relazioni annuali in cui viene dato un giudizio circa il recepimento da parte di ogni Stato contraente degli standard di Basilea all’interno delle proprie normative nazionali (ed europee)³⁴.

A supporto dell’interpretazione del concetto di atti idonei a produrre “effetti giuridici” di cui all’art. 218, par. 9, TFUE, tale da includere gli accordi di Basilea, e quindi a supporto di una lettura costituzionale che non identifichi ciò che non è formalmente vincolante con ciò che è giuridicamente irrilevante per l’ordinamento UE, è possibile fare riferimento a un’altra sentenza della Corte in tema di competenze esterne e di atti “internazionali” privi di forza vincolante: la sentenza *Francia c. Commissione*³⁵. La causa riguarda gli “Orientamenti in materia di cooperazione normativa e di

³⁴ Per l’ultima relazione si veda: “Basel III. Monitoring Report”, settembre 2015, visibile sul sito del Comitato: <http://www.bis.org/bcbs/publ/d334.pdf>.

³⁵ Corte giust., seduta plenaria, 23 marzo 2004, causa C-233/02, *Francia c. Commissione*, EU:C:2004:173.

trasparenza” stipulati tra la Commissione europea e gli Stati Uniti. La Francia sostiene che in quanto costituenti accordo dotato di forza vincolante gli Orientamenti avrebbero dovuto essere stipulati dal Consiglio e non dalla Commissione, in base all’art. 300 CE (ora art. 218 TFUE). Nel delineare l’oggetto del ricorso, la Corte chiarisce che non si trattava di stabilire se “un atto che presenta le caratteristiche degli orientamenti deve, anche se privo di forza vincolante, rientrare nella sola competenza del Consiglio” (pt. 39). In relazione a quest’ultima questione, però, la Corte ritiene di dover fare una precisazione, sostenendo che “la presente sentenza non può essere interpretata nel senso che essa accoglie la tesi difesa dalla Commissione secondo cui il fatto che un atto quali gli orientamenti sia privo di forza vincolante sia sufficiente ad investire detta istituzione della competenza di adottarlo. Infatti la determinazione delle condizioni nelle quali può verificarsi l’adozione di siffatto atto richiede, trattandosi nella fattispecie di *un atto mirante a ridurre i rischi di divergenze legati all’esistenza di ostacoli tecnici allo scambio di beni*, che sia debitamente tenuto conto della ripartizione delle competenze e dell’equilibrio istituzionale stabiliti dal Trattato nel settore della politica commerciale comune”³⁶. La Corte sembra quindi sostenere che le norme da osservare per individuare chi ha la competenza ad agire all’esterno (Stati membri e/o UE; quale istituzione UE) valgono anche se l’azione non produce un atto giuridicamente vincolante. Per stabilire se un atto esterno è soggetto a tali norme, la Corte sembra fare applicazione degli elementi dell’oggetto e dello scopo dell’atto in questione, che costituiscono i criteri fondamentali per l’individuazione generale della corretta base giuridica nell’ordinamento dell’UE. Nel caso di specie, la materia degli Orientamenti ricade nel settore delle competenze esterne dell’UE della politica commerciale comune; ragione per la quale, l’adozione di tale atto deve seguire la disciplina UE prevista per l’esistenza e l’esercizio della competenza UE in tema di politica commerciale comune. Applicando il medesimo ragionamento alla fattispecie che ci occupa in questo studio, si può sostenere che, pur non essendo formalmente vincolanti, le regole del Comitato di Basilea hanno lo stesso scopo e oggetto di un accordo internazionale (vincolante) teso ad armonizzare le norme nazionali in tema di vigilanza prudenziale bancaria. Di conseguenza esse effettivamente “sono tali da incidere in modo determinante sul contenuto della normativa adottata dal legislatore dell’Unione” nell’ambito della regolazione bancaria prudenziale.

Ad ulteriore conferma di quanto appena detto, pur mancando un rinvio dinamico tramite il quale la normativa UE incorpora automaticamente il contenuto delle regole di Basilea, il contenuto della legislazione UE in materia, è storicamente determinato da quanto deciso nel Comitato di Basilea. Come ben esemplifica la direttiva 2013/36/UE (CRD IV), il legislatore fa espresso riferimento, come fonte “materiale” del diritto, alle “nuove norme regolamentari mondiali sull’adeguatezza patrimoniale

³⁶ Il corsivo è nostro.

delle banche (norme di Basilea III), ivi comprese norme che impongono riserve di conservazione del capitale e riserve di capitale anticicliche” (considerando n. 79). In altre parole, alla luce dell’influenza storicamente innegabile che le regole di Basilea hanno sul processo legislativo europeo in materia bancaria, è altrettanto innegabile la probabilità che ciò che è deciso a Basilea andrà ad “incidere in modo determinante sul contenuto della normativa adottata dal legislatore dell’Unione”.

5.2. Gli obblighi di cooperazione *ex art. 218, par. 9, TFUE* e l’interpretazione sistematica delle norme costituzionali UE in tema di competenze esterne.

Un’ulteriore serie di considerazioni ermeneutiche, collegate a quella appena descritta, può essere sviluppata a sostegno dell’interpretazione a favore dell’inclusione delle regole di Basilea nella categoria di atti aventi “effetti giuridici” ai sensi dell’art. 218, par. 9, TFUE. Si tratta di considerazioni di tipo sistematico, che tengono cioè conto del sistema di norme costituzionali di cui la suddetta disposizione è parte integrante (ossia le norme in tema di competenze esterne dell’UE), e in particolare della logica di fondo che ha guidato la loro creazione e applicazione da parte della Corte. Anticipando quanto si cercherà di argomentare, si ritiene che la medesima logica che ha condotto la Corte nella sua attività interpretativa delle competenze esterne UE, dovrebbe portarla alla suddetta interpretazione dell’art. 218, par. 9, TFUE. Infatti, la giurisprudenza della Corte in questa materia è improntata alla difesa di certi interessi dell’UE; gli stessi interessi che sarebbero in pericolo ove si ritenesse che gli impegni internazionali contratti nel Comitato di Basilea siano esclusi dalla relativa normativa costituzionale UE.

Nell’affrontare il tema dell’esistenza e della natura delle competenze esterne della CEE/CE/UE, e quindi dei rapporti tra i poteri europei e quelli nazionali, la Corte è sempre stata mossa dai medesimi obiettivi: salvaguardare gli interessi “esterni” e quelli “interni” dell’ordinamento dell’UE, intesi come interessi comuni agli Stati membri.

Gli interessi interni sono in particolare l’unità del mercato comune, l’uniforme e coerente applicazione delle norme UE, “il corretto funzionamento del sistema che esse istituiscono”³⁷, e più in generale la tutela dell’efficacia del diritto UE³⁸. Se gli Stati agissero a livello internazionale autonomamente rispetto all’UE, la normativa interna UE – anche solo sul piano applicativo – potrebbe essere compromessa³⁹. Gli impegni assunti a livello internazionale dai singoli Stati in materie disciplinate dal diritto UE nei corrispettivi ambiti interni, creerebbero delle interferenze con l’osservanza coordinata e armonizzata delle norme comuni. Queste interferenze – e questo è un

³⁷ Parere 1/03 cit., pt. 133.

³⁸ Corte giust., 31 marzo 1971, *Commissione c. Consiglio* (“AETS”) cit., pt. 31; Parere 1/03 cit., pt. 122 e 128; seduta plenaria, 8 marzo 2011, parere 1/09, EU:C:2011:123, pt. 82.

³⁹ Parere 2/91 cit., pt. 11.

passaggio ai nostri fini particolarmente rilevante – non devono essere necessariamente dovute a contrasti tra le norme interne e gli impegni internazionali. La Corte ha chiarito che non è necessaria l'esistenza di contraddizioni tra gli impegni internazionali e le norme comuni⁴⁰. Inoltre, ci possono essere effetti sulla “portata e sull'efficacia” delle norme UE provenienti dall'applicazione dell'accordo internazionale anche se fosse già prevista la soluzione agli eventuali conflitti tra il diritto UE o l'accordo stesso, imponendo, per effetto dell'ordinamento UE o mediante un'apposita clausola inclusa nell'accordo,⁴¹ il primato delle norme UE sull'accordo internazionale⁴². La Corte ha anzi affermato che “l'esistenza, in un accordo, di una clausola detta «di disgiunzione», ai cui sensi il detto accordo non pregiudica l'applicazione, da parte degli Stati membri, delle disposizioni pertinenti di diritto comunitario, non costituisce una garanzia della mancata incidenza delle disposizioni dell'accordo sulle norme comunitarie mediante una delimitazione del rispettivo ambito di applicazione di entrambe le norme, ma, al contrario, può apparire come l'indice dell'incidenza su tali norme.” Ciò può essere letto, a nostro avviso, come indice della preoccupazione della Corte non solo di prevenire a monte (invece di dover risolvere) i conflitti legali tra obblighi giuridici UE e obblighi pattizi internazionali, ma anche di evitare i conflitti “politici”, ossia le divergenze tra gli interessi che gli Stati membri hanno nelle relazioni con partner stranieri e gli interessi comuni dell'UE. L'UE vuole evitare, o quanto meno ridurre, che le dinamiche che si vengono a creare nelle relazioni internazionali degli Stati membri interferiscano negativamente sugli sforzi messi in atto all'interno dell'Unione per realizzare la necessaria cooperazione e integrazione tra i propri Stati membri. Evitare, cioè, che i vincoli (giuridici o politici) sorti da impegni internazionali spingano in una direzione opposta all'uniforme applicazione e allo sviluppo delle politiche UE. Il sorgere del rischio di tali conflitti e di tali interferenze è individuato nel momento in cui un settore dell'ordinamento UE, già ampiamente disciplinato da norme UE, è oggetto di impegni (giuridicamente vincolanti o meno) a livello internazionale. L'ordinamento UE evita così il sorgere di tale rischio, facendo corrispondere l'esistenza, e la natura esclusiva, della competenza esterna Ue in un determinato settore, nel momento in cui, rispettivamente, lo stesso settore è regolato in gran parte da norme comuni, e gli accordi degli Stati membri hanno una incidenza su tali norme.

Nella difesa degli interessi UE, la Corte guarda anche in prospettiva, ai possibili sviluppi futuri nei singoli settori dell'ordinamento necessari alla crescita dell'Unione e alla salvaguardia delle sue esigenze. La Corte infatti vuole evitare anche che l'incidenza di impegni internazionale si produca in futuro, sulle norme comuni che il legislatore UE riterrà di introdurre. Più precisamente, nel determinare l'incidenza dell'accordo internazionale sulle norme comuni “[o]ccorre [...] prendere in considerazione

⁴⁰ Parere 2/91 cit., pt. 25 e 26; Parere 1/03 cit., pt. 82.

⁴¹ Parere 1/03 cit., pt. 130.

⁴² Corte giust., grande sez., 14 ottobre 2014, parere 1/13, EU:C:2014:2303, pt. 89.

non soltanto lo stato attuale del diritto comunitario nel settore interessato, ma anche le sue prospettive di evoluzione, qualora esse siano prevedibili al momento di tale analisi⁴³. Se fosse permesso agli Stati membri di concludere accordi internazionali in settori già occupati da norme comuni dell'UE, sorgerebbe il pericolo che gli impegni internazionali così assunti dagli Stati membri “congelerebbe” il diritto UE al momento della conclusione di tali accordi.

La logica di fondo della giurisprudenza UE in materia porta a dire che “nelle materie coperte da norme comuni gli Stati non possono concludere accordi internazionali neppure se il loro testo riproducesse letteralmente quello delle norme comuni o rinviasse a queste. La conclusione di simili accordi, infatti, potrebbe pregiudicare l'applicazione uniforme del diritto [dell'UE] sotto due distinti profili. In primo luogo, perché il ‘recepimento’ delle norme comuni negli accordi non varrebbe a garantire [...] che tali norme siano poi effettivamente applicate in modo uniforme e, soprattutto, che eventuali loro modifiche sul piano interno siano pienamente e tempestivamente trasposte negli accordi. In secondo luogo, perché detto ‘recepimento’ porterebbe comunque ad un’alterazione della natura e del regime giuridico delle norme comuni, anche con il forte e concreto rischio di una loro sottrazione al controllo esercitato dalla Corte in forza del Trattato”⁴⁴.

Applicando tali considerazioni alle regole di Basilea, si deve partire dalla forza materialmente vincolante di cui esse sono dotate nei confronti degli Stati membri dell'UE e della BCE che partecipano al Comitato e che assumono l'impegno a darne attuazione nelle rispettive giurisdizioni. In considerazione di ciò, è altamente prevedibile il sorgere di conflitti di interessi idonei a incidere sulla normativa interna dell'UE in materia prudenziale. E' il conflitto potenziale tra gli interessi “internazionali” curati dalle autorità monetarie e/o di vigilanza bancaria dei singoli Stati membri, da un lato, e gli interessi dell'UE, dall'altro lato; così come quello tra gli interessi della zona euro/meccanismo di vigilanza unico, da un lato, e gli interessi dei mercati bancari degli Stati membri che non appartengono all'euro né al Meccanismo di vigilanza unico, dall'altro lato. Simili conflitti di interesse mettono in luce come le regole elaborate nel Comitato (con la partecipazione potenzialmente scoordinata di solo alcuni Stati membri) possono avere un'incidenza sull'applicazione della normativa vigente e/o sugli sviluppi di quella futura, nel senso che in considerazione degli impegni assunti nel Comitato, vi saranno alcuni Stati membri e la BCE che spingono verso una certa direzione (nell'applicazione delle normativa vigente come nelle riforme future della stessa), mentre altri Stati membri e altre istituzioni UE spingono verso una direzione diversa. Si tratta quindi di conflitti di

⁴³ V., in tal senso, Parere 1/03 cit., pt. 126; Parere 2/91 cit., pt. 25.

⁴⁴ Conclusioni Avv. Gen. Tizzano, 31 gennaio 2002, cause riunite C-466/98 etc., *Commissione c. Regno Unito*, EU:C:2002:63, pt. 72.

interessi, derivanti (anche) dall'approvazione delle regole del Comitato, idonei in questo modo a produrre "effetti giuridici", del tipo di quelli alla base dell'art. 218, par. 9, TFUE.

Oltre agli interessi interni, nella propria attività interpretativa la Corte è guidata anche dalla salvaguardia delle esigenze "esterne" dell'UE. Si fa riferimento in particolar modo alla necessità di efficacia dell'azione internazionale dell'Unione. Tale efficacia dipende dalla forza negoziale che l'UE mette in campo nelle relazioni internazionali; una qualità declinabile in varie proprietà, tra cui la coerenza, credibilità e compattezza. Tali considerazioni sono state alla base ad es. del riconoscimento giurisprudenziale della natura esclusiva in materia di politica commerciale comune: se si permettesse agli Stati membri di "assumere, nei rapporti con i paesi terzi, atteggiamenti divergenti dall'orientamento generale della Comunità, [...] ne resterebbe falsato il gioco istituzionale, ne risulterebbe scossa la buona fede nell'ambito della Comunità, che non sarebbe più in grado di assolvere il proprio compito che è soprattutto la tutela dell'interesse comune"⁴⁵. Secondo la Corte l'obbligo di una stretta cooperazione fra gli Stati membri e le istituzioni UE, quando una materia disciplinata da un accordo rientra in parte nella competenza della Corte e in parte in quella degli Stati membri, tanto nel processo di negoziazione e di stipulazione quanto nell'adempimento degli impegni assunti, discende dalla necessità di un'unità di rappresentanza internazionale dell'Unione⁴⁶. Inoltre, al fine di evitare che la posizione dell'Unione al momento di negoziati internazionali venga indebolita dalla "confusione" circa la natura, esclusiva o condivisa, della competenza UE, la Corte ritiene obbligatorio che ogni atto che produca effetti giuridici obbligatori indichi il fondamento giuridico. E' questa indicazione, infatti, che determina la ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri⁴⁷.

Un esempio concreto in cui la mancanza di un "fronte unico" a tutela degli interessi comuni UE è causa di debolezza, è offerto proprio dagli accordi di Basilea (1, 2 e 3). Nonostante che dalla fine degli anni Novanta, il mercato bancario integrato europeo possa per dimensioni sfidare quello statunitense, l'UE non ha avuto la stessa capacità di influenzare le regole bancarie globali, perché difetta di una seconda condizione necessaria: avere una posizione comune ai tavoli internazionali di negoziazione; come si può dedurre dalle evidenti fratture che dividono gli Stati membri all'interno del Consiglio ogni volta che si discute di regolazione bancaria⁴⁸. Ciò è spiegato dalle persistenti differenze tra i mercati bancari nazionali (in particolare tra quello britannico e quelli continentali) e i loro legami con l'economia reale⁴⁹. La Commissione ha già da tempo messo in evidenza l'esigenza che all'esterno, e

⁴⁵ Corte giust., 11 novembre 1975, parere 1/75, EU:C:1975:145, pp. 1363-1364.

⁴⁶ Corte giust., 15 novembre 1994, parere 1/94, EU:C:1994:384, pt. 108.

⁴⁷ Corte giust., 1° ottobre 2009, *Commissione c. Consiglio* cit., pt. 49.

⁴⁸ L. DRAGOMIR, *European Prudential Banking Regulation and Supervision. The Legal Dimension*, London-New York 2010, p. 105.

⁴⁹ L. QUAGLIA, *The European Union and Global Financial Regulation*, Oxford 2014, p. 56.

in particolare in seno al Comitato di Basilea, l'UE agisca sulla base di un coordinamento tra gli attori politici e tecnici di riferimento e si presenti con una sola voce, in modo da essere più forte in rapporto agli altri partner internazionali: "The EU needs to be represented strongly in international bodies, where it must be able to speak with one voice on sensitive issues such as money laundering, terrorism financing and tax evasion. European coordination in international fora (the Basel Committee, IAIS, IOSCO or UNIDROIT) needs to be stepped up."⁵⁰

Avendo come riferimento proprio gli accordi di Basilea, è possibile evidenziare l'interconnessione tra gli interessi interni e quelli esterni. Fare fronte unico e proteggere le aree di competenza interna sono due facce della stessa medaglia. Più forte è la posizione internazionale dell'UE, tendenzialmente maggiore sarà la sintonia tra le regole decise all'esterno (tra l'UE e gli Stati terzi) e le regole interne (approvate all'interno delle istituzioni UE, in particolare dal Consiglio). Questo perché maggiore è la forza internazionale di cui l'UE dispone, maggiori saranno le possibilità che la volontà comune UE (che comunque verrà manifestata, particolarmente in seno al Consiglio, al momento dell'elaborazione delle norme interne) sarà capace di riversarsi sul contenuto degli accordi internazionali. Di converso, maggiore è la corrispondenza tra le norme comuni UE e quelle decise a livello internazionale, più forte sarà la posizione negoziale dell'UE a livello internazionale. Questo vale soprattutto in contesti che coinvolgono organismi informali come il Comitato di Basilea. Abbiamo già detto che il Comitato ha istituito un processo in base al quale i suoi membri sono individualmente e strettamente valutati in base a quanto rapidamente e coerentemente adottano e attuano le sue regole. Per quanto riguarda le "sanzioni" che colpiscono le deviazioni dalle regole concordate, la prassi consolidata è riassunta nella formula "adempimento è influenza" - vale a dire, minore è l'osservanza delle regole di Basilea, minore sarà la capacità di influenzare all'interno del Comitato gli sviluppi "normativi" successivi. Queste considerazioni dovrebbero indurre la Corte ad adottare un'interpretazione dell'art. 218, par. 9, TFUE, tale da includere anche fattispecie quale quella degli accordi di Basilea.

Riassumendo e tirando le fila del ragionamento, la logica interpretativa della Corte nell'ambito della normativa disciplinante le competenze esterne, complessivamente intesa, vede al centro dell'attenzione, sia la protezione dell'integrità delle varie aree e politiche interne dell'ordinamento UE, sia la compattezza e la coerenza dell'azione esterna dell'Unione. La medesima logica conduce, a nostro avviso, verso un'interpretazione dell'art. 218, par. 9, TFUE, tale da includere gli Accordi di Basilea tra quelli che hanno "effetti giuridici" sulle norme interne; e verso l'applicazione in capo agli Stati membri

⁵⁰ Commissione, [*Libro bianco. La politica dei servizi finanziari per il periodo 2005-2010*](#), COM(2005)629 def. V. anche Commissione, [*Comunicazione per il consiglio europeo di primavera. Guidare la ripresa in Europa*](#), COM(2009)114 def.

e alle istituzioni ed autorità UE presenti nel Comitato dell'obbligo di reciproca cooperazione per la tutela degli interessi comuni.

6. Gli obblighi di cooperazione e le negoziazioni in seno al Comitato di Basilea.

Quindi, se l'interpretazione sopra argomentata è corretta, l'art. 218, par. 9, TFUE è applicabile alle decisioni da assumere all'interno del Comitato. Gli Stati membri che fanno parte del Comitato dovrebbero attenersi a, e difendere, la posizione comune decisa dal Consiglio, su proposta della Commissione. Lo stesso dovrebbero fare la BCE, come membro del Comitato, insieme alla Commissione e all'EBA, in qualità di osservatori.

Più in generale, occorre che le istituzioni UE coinvolte si accordino “sulle opportune modalità di collaborazione, allo scopo di garantire nel modo più efficace la tutela degli interessi” dell'Unione⁵¹. Per quanto riguarda il rapporto tra gli Stati membri e le istituzioni UE, l'obbligo di “stretta cooperazione” previsto in caso di competenza esterna condivisa, a maggior ragione vige nel caso di competenza esterna esclusiva, come quello di specie. Ciò che la Corte ha affermato in relazione ai casi in cui l'UE non possa concludere essa stessa un accordo internazionale pur rientrando nella sua competenza esclusiva vale a maggior ragione in un contesto di partecipazione mista e parziale come quello del Comitato di Basilea, e cioè che le istituzioni UE e gli Stati membri devono “adottare tutti i provvedimenti necessari a garantire nel migliore modo possibile” la loro collaborazione⁵².

Merita ricordare che la Corte in tema di negoziazioni internazionali interpreta il principio di leale di cooperazione degli Stati membri con le istituzioni UE in maniera ampia. In particolare, ha fatto discendere in capo alle autorità nazionali particolari obblighi di cooperazione anche nell'ipotesi in cui la proposta della Commissione per il raggiungimento di una posizione comune dell'UE non sia stata adottata dal Consiglio, considerando tale proposta comunque idonea a rappresentare il punto di partenza di un'azione UE concertata⁵³. Basta l'esistenza di una posizione concertata a livello UE a far scattare l'applicazione degli obblighi di cooperazione in capo agli Stati membri⁵⁴. Questi ultimi devono attenersi all'eventuale posizione o “strategia”⁵⁵ comune già emersa a livello UE in merito all'oggetto delle negoziazioni internazionali, qualunque sia la forma di tale concertazione (proposta della Commissione, decisione del Consiglio, intesa informale tra i delegati nazionali e la Commissione⁵⁶, ecc.).

⁵¹ Corte giust., 31 marzo 1971, *Commissione c. Consiglio* (“AETS”) cit., pt. 87.

⁵² Parere 2/91 cit., pt. 38.

⁵³ Corte giust., grande sez., 20 aprile 2010, *Commissione c. Svezia* cit., pt. 74.

⁵⁴ Corte giust., 2 giugno 2005, causa C-266/03, *Commissione c. Lussemburgo*, EU:C:2005:341, pt. 59; 14 luglio 2005, *Commissione c. Germania* cit., pt. 65; grande sez., 20 aprile 2010, *Commissione c. Svezia* cit., pt. 74.

⁵⁵ Corte giust., grande sez., 20 aprile 2010, *Commissione c. Svezia* cit., pt. 76.

⁵⁶ A. DASHWOOD et al., *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, Portland-Oxford 2011, VI ed, p. 934.

L'unica condizione posta dalla Corte è che “il contenuto di tale posizione possa essere sufficientemente dimostrato”⁵⁷.

E anche in assenza di una posizione comune prestabilita, si ritiene che nel corso delle negoziazioni gli Stati membri e le istituzioni UE debbano coordinarsi. Anche qualora le istituzioni UE non abbiano assolto a pieno l'obbligo di cooperazione (es. la Commissione avrebbe potuto fare di più per raggiungere una posizione comune), “uno Stato membro non può permettersi di porre in essere unilateralmente provvedimenti correttivi o di difesa destinati ad ovviare all'eventuale trasgressione, da parte di un'istituzione, delle norme del diritto” UE⁵⁸. Anche in questi casi gli Stati non possono adottare iniziative internazionali unilaterali, idonee a incidere sulle norme comuni UE.

Le implicazioni derivanti dall'obbligo di cooperazione sono state ben riassunte dall'Avvocato generale Maduro nelle sue Conclusioni al caso *Commissione c. Svezia*⁵⁹. Tali implicazioni sono duplici: “In primo luogo, gli Stati membri cooperano con il processo decisionale comunitario e, in secondo luogo, essi si astengono dall'intraprendere azioni individuali, almeno per un ragionevole periodo di tempo, fino alla conclusione di tale processo.” Ove si tratti di un settore di competenza esclusiva dell'UE, come è il caso degli Accordi di Basilea, gli Stati membri possono solo agire come strumenti dell'Unione, per realizzare gli interessi comuni. Nell'ambito delle negoziazioni che si svolgono in seno al Comitato di Basilea, gli Stati membri non possono prendere iniziative o posizioni unilaterali⁶⁰; essi devono agire in un'ottica di “stretta cooperazione” con la BCE, oltre che con la Commissione e l'EBA, per “facilitare l'esecuzione dei compiti” dell'Unione nonché “garantire l'unità e la coerenza dell'azione e della rappresentanza internazionali di quest'ultima”⁶¹.

Non si tratterebbe di una mera obbligazione di mezzi, ma di un'obbligazione di risultato. In altre parole, non basta che i singoli Stati membri presenti nel Comitato si consultino tra di loro e con le istituzioni UE per cercare di trovare una posizione comune, se questa non è stata già decisa prima dell'avvio delle negoziazioni. Alla luce della natura esclusiva della competenza esterna in questione, gli Stati membri hanno l'obbligo di astenersi da prendere iniziative individuali che interferirebbero con le negoziazioni intraprese dalle istituzioni UE coinvolte. In caso di difformità di posizioni, le iniziative degli Stati membri renderebbero più difficile le attività di negoziazione UE⁶². Inoltre “[n]ella

⁵⁷ Corte giust., grande sez., 20 aprile 2010, *Commissione c. Svezia* cit., pt. 77.

⁵⁸ Corte giust., 12 febbraio 2009, *Commissione c. Grecia* (“IMO”) cit., pt. 26.

⁵⁹ Corte giust., grande sez., 20 aprile 2010, *Commissione c. Svezia* cit., pt. 49.

⁶⁰ Corte giust., 12 febbraio 2009, *Commissione c. Grecia* (“IMO”) cit.

⁶¹ Corte giust., grande sez., 20 aprile 2010, *Commissione c. Svezia* cit., pt. 75; 2 giugno 2005, *Commissione c. Lussemburgo* cit., pt. 60.

⁶² Corte giust., 2 giugno 2005, *Commissione c. Lussemburgo* cit., pt. 53.

negoziazione con i paesi terzi, la posizione dell' [UE] risulterebbe indebolita, dal momento che quest'ultima e gli Stati membri si presentano in ordine sparso.”⁶³

Al problema di raggiungere una posizione comune e comunque di agire in maniera concertata durante le negoziazioni all'interno del Comitato, è strettamente legata la questione della conduzione concreta dell'attività di negoziazione.

Di regola le negoziazioni internazionali dell'Unione vengono condotte dalla Commissione. Nel Comitato di Basilea la Commissione e l'EBA possiedono lo status di osservatori e non di membri effettivi, a differenza dell'altra istituzione UE presente nel Comitato, ossia la BCE (+SSM). Tuttavia non sembra che da ciò conseguano differenze sostanziali sul piano della possibilità di partecipare alle negoziazioni con gli altri membri del Comitato. L'opportunità che la Commissione e/o l'EBA abbiano il ruolo, se non di negoziatore in nome dell'UE, comunque di perno del coordinamento, è legata all'esigenza di realizzare effettivamente gli interessi comuni dell'Unione, tenendo conto quindi anche dei paesi membri esterni alla zona euro e alla vigilanza bancaria della BCE-SSM.

L'EBA è forse l'organismo che si trova nella posizione migliore per “condurre” almeno di fatto le negoziazioni e il coordinamento delle posizioni a livello UE. Esso infatti riesce a conciliare al meglio le caratteristiche “tecniche” richieste per la partecipazione al Comitato con le esigenze di rappresentare gli interessi dell'intera UE. Da un lato, è un organismo che si occupa di vigilanza prudenziale, pur non svolgendo in generale l'attività di vigilanza bancaria, e dall'altro lato è composto da rappresentanti delle autorità di vigilanza di tutti gli Stati membri dell'UE. Esso costituisce l'organismo più idoneo a trovare una sintesi tra le posizioni della BCE/SSM, quelle delle autorità di vigilanza della zona euro e quelle delle autorità al di fuori dalla zona euro.

⁶³ Ibidem.

Citizens' Family Life in EU Regulations, with Particular Respect to Property Regimes

Cinzia Peraro

Abstract

European Union law in relation to family life is increasing and developing while continuing to have regard to Member State legislation, social values and traditions. The European perspective is apparent in two proposals for regulations concerning property regimes, two separate acts aimed at considering new forms of union, such as registered partnerships. The Commission has recognised the difficulties encountered by international couples in terms of the management of patrimonial effects and has pursued the objective of ensuring legal certainty. The present paper aims to offer a general analysis of interpretations of the concept of family in Europe, with particular reference to the Italian and English systems. The opinions by the two governments will be examined in order to put in evidence the main questions arising: the recognition and the continuity of civil status. Indeed, the concept of registered partnership is still a debated issue in Italian society, where not all forms of union are accepted, differently from the United Kingdom, which allows same-sex marriages and where civil partnerships are recognised. The need for uniformity in this field, in law and practice, is also remarked in the CEFL Principles regarding property relations between spouses, as well as in other, non-binding, instruments. Finally, despite the questions surrounding the concept of family, certain benefits are likely to accrue to European citizens as a result of the proposals in terms of the predictability of the applicable law and the recognition and enforcement of decisions on property regimes.

Keywords

family law, European Union law, private international law, property regimes, registered partnerships, Italy, United Kingdom.

Citizens' Family Life in EU Regulations, with Particular Respect to Property Regimes

Cinzia Peraro*

SUMMARY: 1. The concept of family in the European Union. - 2. The Italian and English systems. - 3. The proposals on property regimes. - 4. The opinions by the Italian and English governments. - 5. The need for a uniform concept of family in law and practice.

1. The concept of family in the European Union.

Thanks to the freedom of movement of people and the increasing number of international couples, the concept of family life in Europe is changing, evolving and encompassing new forms of union,¹ not only the traditional model of family founded on marriage between persons of the opposite sex, but also unmarried couples, same-sex couples, registered and civil partnerships.² Questions arising cover legal, practical, moral and social aspects linked to national values, ideals and traditions. Family life finds protection in human rights instruments at national, European and international levels, although they fail to provide specific definitions of it.

The EU is empowered to take measures relating to family matters with cross-border implications pursuant to Art. 81, par. 3 TFEU³ on the basis of a special legislative procedure. The required unanimity emphasises the necessity of a solid consensus of all EU countries in ruling on this delicate subject, whose discipline would otherwise remain to national legislators. Each State order is inspired by divergent

* PhD student in European Union Law at the Law Department of the University of Verona.

¹ On the evolution of family models, see, among others, E. FALLETTI, *LGBTI discrimination and parentchild relationships: cross-border mobility of rainbow families in the European Union*, in *Family Court Review*, 2014, vol. 52, No. 1, p. 28 ss.; V. SCALISI, *Famiglia e famiglie in Europa*, in *Rivista di Diritto civile*, 2013, n. 1, p. 7 ss.; J. GUTH, *When is a Partner not a Partner? Conceptualisations of 'family' in EU Free Movement Law*, in *Journal of Social Welfare & Family Law*, 2011, vol. 33, No. 2, p. 193 ss.

² The terminology can differ from one Member State to another.

³ Art. 81, par. 3, TFEU: 'Notwithstanding paragraph 2, measures concerning family law with cross-border implications shall be established by the Council, acting in accordance with a special legislative procedure. The Council shall act unanimously after consulting the European Parliament.'

The Council, on a proposal from the Commission, may adopt a decision determining those aspects of family law with cross-border implications which may be the subject of acts adopted by the ordinary legislative procedure. The Council shall act unanimously after consulting the European Parliament.

The proposal referred to in the second subparagraph shall be notified to the national Parliaments. If a national Parliament makes known its opposition within six months of the date of such notification, the decision shall not be adopted. In the absence of opposition, the Council may adopt the decision².

principles and values, connected to their own cultural, ethic, social and religious models whose differences lead to legal and practical problems.⁴ Cross-border family relationships between people of different nationalities or those living in a State different from that of their nationality should be taken into account by national governments. Citizens could face questions about their relationships in terms of formation, daily management, personal and patrimonial effects, dissolution and recognition in other Member States.

With the aim of offering EU citizens legal certainty in cross-border family law situations, various instruments have been adopted by the EU over recent years which deal with international private law provisions on specific aspects, such as matrimonial matters and parental responsibility (Regulation No. 2201/2003),⁵ maintenance obligations (Regulation No. 4/2009),⁶ divorce and legal separation (Regulation No. 1259/2010).⁷ Moreover, the proposals for Regulations of 2011 concerning property regimes⁸ show increasing EU consideration of many aspects of citizens' family life. In this context, the European Commission has provided a specific act on registered partnerships. Nevertheless, it does not mean that this form of union is not covered by the other above-mentioned instruments.⁹

⁴ For a general overview see I. QUEIROLO, L. SCHIANO DI PEPE, *Lezioni di diritto dell'Unione europea e relazioni familiari*, Torino, 2014, p. 155 ss., especially p. 160.

⁵ Council Regulation (EC) No. 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No. 1347/2000 (OJ L 338, 23/12/2003, p. 1-29).

⁶ Council Regulation (EC) No. 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations (OJ L 7, 10/01/2009, pp. 1-79).

⁷ Council Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation (OJ L 343, 29/12/2010, p. 10-16).

⁸ Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes (COM(2011)126 final; hereinafter 'Proposal No. 126') and Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions regarding the property consequences of registered partnerships (COM(2011)127 final; hereinafter 'Proposal No. 127').

⁹ For instance, on the applicability of Regulation No. 2201/2003 to unmarried couples, see Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Council Regulation (EC) No. 2201/2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in matrimonial matters and matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No. 1347/2000 (COM(2014)225 final, Brussels, 15/04/2014), sect. 1.2 'The Regulation covers all decisions on parental responsibility independently of any link with matrimonial proceedings in order to ensure equality for all children. This reflects the significant increase of the share of extra-marital births over the last two decades in almost all Member States, which indicates a change in the pattern of traditional family formation'.

With regard to the forms of union considered in EU Member States, only in nine countries is marriage open to both opposite-sex and same-sex couples.¹⁰ Registered partnerships¹¹ are accepted in 18 EU countries;¹² 17 countries allow same-sex couples to register partnerships and five countries permit both same-sex and opposite-sex couples to register.¹³

Differences between EU Member States in this context could affect the possibilities they offer and the extent to which partnerships validly contracted abroad are recognised.¹⁴ With regard to registered relationships it seems clear that they are ‘subject to an extraordinary variety of national approaches with regard to denomination and substantive law’.¹⁵ The ‘heterogeneity of the Member States’ substantive and conflict rules leads to limping relationships, which are valid and effective according to the legal order of one Member State, but not recognised in another’.¹⁶ In addition, questions and difficulties arise regarding tax and social security benefits.¹⁷

Courts will not enforce a right when recognition would violate the public policy of the forum, which could have a stronger role in dealing with more sensitive political rights.¹⁸ Although it is for national legislators to define the notion of marriage, it is equally within the discretion of the Member States to determine, in compliance with EU law, the content of their public policy. ‘The non-recognition of a family

¹⁰ The Netherlands; Belgium; France; Denmark; Luxembourg; the United Kingdom (England and Wales); Spain; Sweden and Portugal (see http://ec.europa.eu/justice/civil/family-matters/marriage/index_en.htm (last consultation on 6 June 2015)). Same-sex marriage is soon to be legal in Ireland, following approval of a referendum on 22 May 2015; before entering into force it needs ratification in the Oireachtas, though it is estimated that the first same-sex marriages will take place in summer 2015 (see <http://www.justice.ie/en/JELR/Pages/PR15000152>).

¹¹ In Proposal No. 127 cit., p. 3, it is defined as ‘a couple in a stable relationship who formally registers its union with a public authority’; cf. whereas 10 of Proposal No. 127 where no reference is made to same-sex or otherwise but it is established that it must be regulated in accordance with national laws.

¹² Austria, Belgium, Croatia, the Czech Republic, Denmark, Germany, Finland, France, Greece, Hungary, Ireland, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Slovenia, some regions of Spain, Sweden and the United Kingdom); Sweden: marriage of same-sex partners has been recognised since 2009 when registered partnerships were abolished, though they continue to exist if concluded before May 2009 (see http://ec.europa.eu/justice/civil/family-matters/marriage/index_en.htm; last consultation on 6 June 2015).

¹³ Belgium, France, Luxembourg, Malta and the Netherlands (see http://ec.europa.eu/justice/civil/family-matters/marriage/index_en.htm; last consultation on 6 June 2015).

¹⁴ Cf. http://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/registered-partners/index_en.htm.

¹⁵ M. MELCHER, *(Mutual) Recognition of registered relationships via EU Private International law*, in *Journal of Private International law*, 2013, vol. 9, n. 1, p. 149, the author indicates that ‘models range from same-sex marriage to same-sex and opposite-sex registered partnerships and other forms of registered cohabitation’; see also L. VAIGÈ, *The problematics of recognition of same-sex marriages originating from Member States according to the EU legal regulation*, in *Social Studies*, 2012, n. 4(2), p. 755 ss.; K. BOELE-WOELKI, *The Legal Recognition of Same-Sex Relationships Within the European Union*, in *Tulane Law Review*, 2008, vol. 82, p. 1949 ss.

¹⁶ M. MELCHER, *(Mutual) Recognition* cit., p. 150.

¹⁷ See N. BOZEAT, Research Paper, *The prospective of having a European Code on Private International law*, 2013 (available at www.europarl.europa.eu).

¹⁸ J. KUIPERS, *Cartesio and Grunkin-Paul: Mutual Recognition as a Vested Rights Theory Based on Party Autonomy in Private Law*, p. 93 ss. (available at <http://www.ejls.eu>), which affirms that ‘It seems unlikely that the ECJ will use European Citizenship to settle such a politically sensitive question’.

law status within the European Union might also result in a (unjustifiable?) restriction of the free movement of EU citizens as provided for in Art. 21 TFEU'.¹⁹

Considering the EU action in this field aimed at ensuring citizens' rights, the European Commission's Green Paper of 2010²⁰ suggested 'automatic recognition, in a Member State, of civil status situations established in other Member States. Such recognition would not involve the harmonisation of existing rules and would leave Member States' legal systems unchanged. This would mean that each Member State would accept and recognise, on the basis of mutual trust, the effects of a legal situation created in another Member State'.²¹ Moreover, with specific reference to registered partnerships, automatic recognition has been provided for in international instruments, such as the Hague Convention of 1978,²² which states that a foreign marriage has to be recognised in the participating State, and the CIEC Convention of 2007,²³ prescribing the recognition of the status of registered partnerships, instead of private international law rules.

Although the diverse scenery of national laws shows the difficulty of finding a uniform tendency, because of the EU Member States' competence in this field, the protection of the family is guaranteed at European level through human rights charters. Indeed, 'the continuity of a once validly acquired status might also be entitled to protection under human rights law, especially with regard to the protection of private and family life (Art. 7 EU Charter,²⁴ Art. 8 ECHR²⁵) and the prohibition from discrimination (Art. 21 EU Charter, Art. 14 ECHR)²⁶. Moreover, Art. 12 ECHR²⁷ and Art. 9 EU Charter²⁸ establish the right to marry and, with specific reference to the second provision, the right to found a family, that shall be governed by national laws.²⁹ The formulation of these provisions reflects the need to separate the recognition of rights from the guarantee of the rights themselves. The reason for such a division lies in

¹⁹ M. MELCHER, (*Mutual*) *Recognition* cit., p. 150. The author provides a deep analysis of the recognition of registered relationships in the European Union, *ibidem*, p. 152 ss.

²⁰ Green Paper, *Less bureaucracy for citizens: promoting free movement of public documents and recognition of the effects of civil status records*, Brussels, 14/12/2010 (COM(2010)747 final).

²¹ *Ibidem*, section 4.3.b).

²² Hague Convention of 14 March 1978 on the celebration and recognition of the validity of marriages (available at http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=88).

²³ Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC), Convention No. 32 on the recognition of registered partnerships of 5 September 2007 (available at <http://ciec1.org/ListeConventions.htm>): it deals with formation, dissolution and annulment, but not with non-civil status matters such as the applicable law and property regimes.

²⁴ European Union Charter of Fundamental Rights, proclaimed on 7 December 2000, it has become legally binding on the EU with the entry into force of the Treaty of Lisbon, in December 2009 (available at <http://eur-lex.europa.eu>).

²⁵ European Convention on Human Rights of 4 November 1950 (available at <http://www.echr.coe.int>).

²⁶ M. MELCHER, (*Mutual*) *Recognition* cit., p. 151.

²⁷ Art. 12 ECHR: 'Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right'.

²⁸ Art. 9 EU Charter: 'The right to marry and the right to found a family shall be guaranteed in accordance with the national laws governing the exercise of these rights'.

²⁹ See V. SCALISI, *Famiglia e famiglie in Europa*, in *Rivista di Diritto civile*, 2013, n. 1, p. 8 ss.

awareness of the deep social, cultural and legal differences relating to the EU Member States regulations.³⁰ As reaffirmed in the case-law, the cited Articles do not impose an obligation on the States to provide same-sex marriage. Because of it, the lack of provisions cannot be considered in contrast or in violation of such rights. In ECHR case law the concept of family has been defined through the interpretation of Art. 8 with regard to actual circumstances and independently of national definitions, thus including registered partnerships, de facto union, between both opposite-sex and same-sex couples.³¹

2. The Italian and English systems.

The concept of family in the jurisprudential and normative situations of Italy and United Kingdom is clearly expressed.

The Italian legal system puts the institution of marriage at the centre of family law, as stated in Art. 29 of the Constitution where 'family' is deemed 'a natural society founded on marriage'.³² Like other constitutional provisions,³³ there is no reference to the gender of the spouses. Italian law accepts opposite-sex marriages and does not provide rules for registered partnerships, which actually are the subject of a proposed legal act.³⁴ This regulation refers to civil unions composed only of same-sex partners, without contemplating other forms such as opposite-sex unions or same-sex marriages. It is based on judges' insistence on the legal necessity to provide for a regulation on the rights and duties of same-sex partners. In the draft text the civil union is deemed a peculiar and different legal institution from marriage, even if they share similar features.

The Italian Court of Cassation in the recent sentence No. 2400 of 2015³⁵ has reaffirmed that the Italian legislator has no obligation to provide the same-sex marriage and that the lack of provision is not contrary to the constitutional principles or to the ECHR. With regard to the former sentences,³⁶ it has been stressed that the notion of social union set forth in Art. 2 of the Italian Constitution includes same-sex relationships, defined as stable cohabitation between two same-sex persons who have the fundamental right to live freely as a couple, with the consequent possibility of having their rights and

³⁰ See G. IORIO, *La trascrizione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso: fra ordinamento vigente e giurisprudenza 'creativa'*, in *Lo Stato civile italiano*, febbraio 2015, p. 11.

³¹ Cf. M. PORCELLI, *La famiglia al plurale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2014, n. 3, p. 1248 ss.

³² Art. 29 of the Italian Constitution: 'The Republic recognises the rights of the family as a natural society founded on marriage. Marriage is based on the moral and legal equality of the spouses within the limits laid down by law to guarantee the unity of the family'.

³³ See Arts. 30 and 31 of the Italian Constitution.

³⁴ See Disegno di legge n. 14, XVII Legislatura, presented on 15 March 2013, in joined exam with other proposals, available at www.senato.it.

³⁵ Italian Court of Cassation, Sez. I, sentence No. 2400 of 9 February 2015. See R. CALVIGIONI, *La Corte di Cassazione interviene ancora sul matrimonio omosessuale*, in *I Servizi Demografici*, 2015, n. 3, p. 16 ss.

³⁶ Italian Court of Cassation sentences, Sezioni Unite, No. 4184 of 15 March 2012; No. 601 of 11 January 2013; Italian Constitutional Court sentences No. 138 of 15 April 2010; No. 170 of 11 June 2014.

duties recognised. The right to live together could be recognised even without invoking the institution of marriage.

Same-sex marriage is deemed as a social union protected by the Constitution and not in contrast with the national legal order, but it cannot be effective in the Italian system since it has not been regulated. The question of non-recognition based on the ground of incompatibility with national public policy arises in the case of recognition (and transcription) of a marriage validly contracted abroad between same-sex persons. Recently, the debate about foreign same-sex marriages has increased, highlighting the diverse interpretations of prefectures, registrars, mayors, judges and citizens.³⁷ There has been a frank exchange of opinions: on the one hand, the lack of regulations regarding same-sex couples has been cited as the justification for non-recognition (and non-transcription) and, on the other hand, the acknowledgement of private and family life as a fundamental right is more prevalent, thus allowing the continuity of personal status. Finally, to the Parliamentary question about the transcription of same-sex marriages in Italy,³⁸ the Commission answered that ‘no obligation upon Member States can be drawn from existing EU rules with regard to the introduction, regulation or recognition of same-sex marriages and registered partnerships’.³⁹

Under English law, a civil partnership is a legal relationship which can be registered by two people of the same-sex.⁴⁰ The protection of same-sex couples can be found in the Human Rights Act 1998 whose provisions clearly recall Arts. 8 and 14 ECHR.

From 13 March 2014, in England and Wales the Marriage (Same Sex Couples) Act 2013, introduced by the government as an equality measure, legalised same-sex marriage.⁴¹ Civil partnership remains available for same-sex couples, but not for opposite-sex partners.⁴² Since 10 December 2014 couples who have registered their civil partnership in England and Wales can convert it into a marriage.⁴³

³⁷ Cf. among others, Tribunale di Grosseto, 9 April 2014; TAR Lazio, 9 March 2015; Circolare del Ministro dell’Interno, 7 October 2014.

³⁸ Question for written answer of 18 December 2014: see <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2014011042+0+DOC+XML+V0//EN&language=en>.

³⁹ Answer given by Ms Jourová on behalf of the Commission on 9 April 2015: see <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2014-011042&language=EN>.

⁴⁰ This definition is available at www.citizensadvice.org.uk.

⁴¹ Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 (available at www.legislation.gov.uk). The Bill was presented to Parliament on 24 January 2013 by the Minister for Women and Equalities, Maria Miller, who made the required statement that its provisions were compatible with the ECHR under section 19(1) of the Human Rights Act 1998. It received Royal Assent on 17 July 2013 and most provisions came into force on 13 March 2014. The first marriages took place on 29 March 2014. For a comment see R. GAFFNEY-RHYS, *Same-sex marriage but not mixed-sex partnerships: should the Civil Partnership Act 2004 be extended to opposite-sex couples?*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2014, vol. 26, No. 2, p. 173 ss.

⁴² Civil Partnership Act 2004, which entered into force on 5 December 2005, allows same-sex couples to obtain essentially the same rights and responsibilities as civil marriage partners, available at www.legislation.gov.uk.

⁴³ See www.gov.uk.

In Scotland, since 16 December 2014 same-sex couples have been able to marry,⁴⁴ whereas they cannot do so in Northern Ireland. Thus, same-sex spouses who marry in England and Wales will be treated as civil partners in Northern Ireland. Finally, since 13 March 2014 same-sex partners who marry abroad under foreign law have been recognised as being married in England and Wales.

The lack of recognition of opposite-sex civil partnerships has been cited in the *Ferguson* case⁴⁵ before the European Court of Human Rights concerning eight British couples as part of the ‘equal love’ campaign, then declared inadmissible.⁴⁶ In the application they claimed that if same-sex couples are granted the right to marry it follows that to eliminate discrimination based on sexual orientation different-sex couples should have access to civil partnerships based on Arts. 8 and 14 ECHR.

In conclusion, it can be asserted that the UK regime for civil partnerships should be extended to opposite-sex couples on the grounds of equality, privacy, dignity and autonomy; in Italy the upcoming civil unions should be available for opposite-sex couples too. Discrimination seems to be the overwhelming issue in modern societies where democratic values and principles should play the main role.

3. The proposals on property regimes.

The need to ‘build bridges between Europe’s different systems to ease the daily life of international couples’⁴⁷ has been the basis of the two draft proposals on matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships.⁴⁸ Their purpose is to assist international couples in managing their property rights in the event of divorce, separation, or death of a spouse or partner.

In the Communication of 2011 on legal clarity regarding property rights, the European Commission noted that ‘the differences between national legal systems often produce unexpected and sometimes unwelcome consequences for international couples when it comes to the management of their property’.⁴⁹ Then, Proposal No. 127 underlined ‘the practical and legal difficulties’ that new forms of

⁴⁴ Scotland’s Marriage and Civil Partnership Act 2014 (available at www.legislation.gov.uk).

⁴⁵ *Ferguson and Others v. United Kingdom*, Application No. 8254/11 (available at <http://www.petertatchellfoundation.org>).

⁴⁶ No reference can be found on the HUDOC database. A notice can be read in the Department for Culture, Media & Sport, Civil Partnership Review (England and Wales) - Report on Conclusions, par. 3.1: ‘We have also learned that the application to the European Court of Human Rights challenging the availability of civil partnership only to same-sex couples was declared inadmissible on 12 December 2013’ (available at <https://www.gov.uk>).

⁴⁷ See the speech of the EU Justice Commissioner V. Reding in *Commission proposes clearer property rights for Europe’s 16 million international couples*, Brussels, 16/03/2011 (IP/11/30; MEMO/11/175).

⁴⁸ See Proposals No. 126 and No. 127 cit.

⁴⁹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Bringing legal clarity to property rights for international couples*, Brussels, 16/03/2011 (COM(2011)125 final).

union, such as registered partnerships, face ‘in the daily management of their property and in its division if the couple separate or one of its members dies’.⁵⁰ The EU Citizenship Report of 2010⁵¹ recognised that the uncertainty about the property rights of international couples is one of the main obstacles faced by EU citizens when they try to exercise the rights conferred on them by the EU across national borders. Moreover, in the Stockholm Programme of 2010⁵² the European Council asked that mutual recognition be extended to areas crucial to citizens' everyday lives, among them issues relating to matrimonial property regimes and the property consequences of the separation of couples. The European Parliament has stressed ‘that the priorities in the field of civil justice should be to fulfil the needs of citizens by simplifying judicial machinery and introducing simpler, more transparent and more accessible procedures’.⁵³

Proposals No. 126 and No. 127 are designed to regulate jurisdiction and applicable law as they apply both to the daily management of the property of spouses and registered partners and to how issues relating to the distribution of assets in cross-border situations are handled following the ending of a couple's relationship through divorce, separation or death. In relationships with an international connection, it is difficult for people to know which courts have jurisdiction, and which laws apply to their personal situation and to their property when their relationship ends. The Commission's objective is to ensure legal certainty for parties in order to prevent parallel proceedings and to discourage forum shopping.

The substantive law of matrimonial property regimes varies from one Member State to another. In general, there are legal regimes and contractually agreed regimes, the community-of-property and the separation-of-property. Like marriage, a registered union has effects on the property relationship of the parties, which are governed by national law. Differences between national laws are even more evident here than in the case of matrimonial property regimes.⁵⁴ This point was underlined by the EU Agency for Fundamental Rights (FRA) in its Opinion of 2012⁵⁵ where it clearly recognised that a greater number of

⁵⁰ Proposal No. 127 cit., p. 3.

⁵¹ EU Citizenship Report 2010: Dismantling the obstacles to EU citizens' rights, Brussels, 27/10/2010 (COM(2010)603 final).

⁵² The Stockholm Programme, *An open and secure Europe serving and protecting citizens* (OJ C 115 of 4/05/2010).

⁵³ Cf. European Parliament Resolution of 25 November 2009 on the communication from the Commission to the European Parliament and the Council - An area of freedom, security and justice serving the citizen - Stockholm Programme; European Parliament Resolution of 23 November 2010 on civil law, commercial law, family law and private international law aspects of the Action Plan Implementing the Stockholm Programme (available at <http://www.europarl.europa.eu>).

⁵⁴ Communication COM(2011)125 cit., p. 4 ss.

⁵⁵ FRA Opinion No. 1/2012 on the Proposal for a regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions regarding the property consequences of registered partnerships, Vienna, 31/05/2012 (available at <http://fra.europa.eu>). FRA analyses the differences between the two Proposals, affirming the violation of Art. 20 EU Charter; see p. 7 ss.

States apply the principle of common property, a few States are governed by the opposite principle of separation of property and common-law countries do not have a concept of matrimonial property at all.⁵⁶

In particular, Proposal No. 127 proposes the mutual recognition of decisions concerning property rights of registered partnerships' members, thus avoiding the rejection of its validity in those Member States where the national system does not recognise such forms of union. As underlined in the assessment of the impact on fundamental rights, the Proposal is aimed at strengthening the right to property under Art. 17 EU Charter and it does not affect the right to respect for private and family life or the right to marry and to found a family according to national laws, as provided for in Arts. 7 and 9 EU Charter.⁵⁷ With regard to Arts. 20 and 21 EU Charter, the FRA stated that Art. 15 of Proposal No. 127 provides for less favourable treatment, since it does not allow a comparable (with married couples) choice of law for registered partnerships, as it refers to the law of the State in which the partnership was registered.⁵⁸ Consequently, same-sex partners will be affected more than opposite-sex couples. As mentioned before, 'in a far greater number of Member States registered partnerships are the one and only option available to same-sex couples, who therefore would – as opposed to different-sex couples – be faced with a negation of any choice of applicable law'.⁵⁹ Finally, the FRA considered that the differences between national laws on registered partnerships 'beyond doubt differ widely as to their underlying concepts and guiding principles'.⁶⁰

The equality issue has also been debated in the Report of the European Parliament of 2013⁶¹ where, considering the practical utility of two separate acts and criticising Proposal No. 127 for not

⁵⁶ See Sect. 3.1 of the Commission's impact assessment, *Accompanying document to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Bringing legal clarity to property rights for international couples* (SEC(2011)327 final, Brussels, 16/03/2011), p. 11.

⁵⁷ See Proposal No. 127 cit., p. 5.

⁵⁸ FRA Opinion cit.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 7.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 10. In its Concluding observations, p. 15 ss., the FRA declared that 'The prohibition of discrimination in Article 21 of the Charter would interdict a treatment that is, regarding the choice of applicable law, favourable to married couples but disadvantaging persons who, while in need of recognition for their partnerships, as a matter of political or other opinion, attach importance to leading their private and family lives with a maximum of private autonomy. In addition, given that in many Member States the institution of registered partnership is the only option available to same-sex couples, the indirect discrimination leading to this situation of disadvantage would especially affect same-sex couples among the EU population.

Ultimately, Article 20 of the Charter, which enshrines the principle of equality before the law, raises the question of whether significant differences in the treatment of registered partners and married couples would be justified on the basis of the significant differences existing between their respective institutions – and more specifically in the regulation of their respective property regimes – by the Member States'.

⁶¹ European Parliament, Committee on Legal Affairs, Rapporteur: Alexandra Thein, Report on the proposal for a Council regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions regarding the property consequences of registered partnerships, 20/08/2013 (available at www.europarl.europa.eu).

allowing a choice of applicable law for registered partnerships, it has recommended ‘parallel regulation, in so far as this appears advisable for political reasons’.

4. The opinions by the Italian and English governments.

The opinions communicated by Italy and the United Kingdom evidence divergent points of view concerning the two proposals. On the one hand, the Italian system does not provide for regulation on registered partnerships⁶² and the traditional model of family based on marriage between opposite-sex persons remains the main form of union socially and legally recognised;⁶³ on the other hand, under the law of the United Kingdom, which decided not to opt in,⁶⁴ same-sex civil partnerships are regulated for,⁶⁵ whereas the concept of a matrimonial property regime does not exist in the sense understood in most other Member States.

The XIV Commission of the Italian *Camera dei deputati* observed that the two proposals could allow the recognition in the Italian system of decisions adopted abroad relating to patrimonial effects of same-sex married couples or registered partnerships which are not recognised in the national legal scheme.⁶⁶ In particular, it noted the risk, through the recognition of such foreign decisions, of applying different treatment with respect to de facto union, whether same-sex or opposite-sex, whose patrimonial effects are not recognised in Italy.⁶⁷ Thus, the only limitation on these decisions is compatibility with national public policy.

About the Proposal No. 126, taken into account Art. 29 of the Italian Constitution and given the Italian Constitutional Court sentence No. 138 of 14 April 2010, the Institution concluded that there could be a marriage only between opposite-sex partners. However, it stated that the interpretation of Art. 9 EU Charter seems to lead to a wider notion of marriage, including same-sex marriages. Indeed, the disposition clearly leaves to national laws the regulation of matrimonial unions, without providing for a specific form of union.⁶⁸ In conclusion, it reaffirmed the necessity to introduce a specific definition of marriage.

⁶² See Disegno di legge n. 14 cit.

⁶³ Cf. XIV Commissione permanente (Politiche dell’Unione europea), annexed to Risoluzione della 2^a Commissione permanente (Giustizia), approved on 31 May 2011, on Proposal No. 126 (available at www.senato.it).

⁶⁴ The Parliamentary Under-Secretary of State for Justice’s (Jonathan Djanogly) written ministerial statement of 30 June 2011, available at www.parliament.uk.

⁶⁵ See Civil Partnerships Act 2004 cit.

⁶⁶ See XIV Commissione – Resoconto di giovedì 26 maggio 2011, p. 6, available at www.camera.it.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ In the Explanations to the EU Charter it is stated that: ‘this Article is based on Article 12 of the ECHR’ and ‘the wording of the Article has been modernised to cover cases in which national legislation recognises arrangements other than marriage for founding a family. This Article neither prohibits nor imposes the granting of the status of marriage to unions between people of the same-sex. This right is thus similar to that afforded by the ECHR, but its scope may be wider when national legislation so provides’.

In giving its opinion on the Proposal No. 127,⁶⁹ first of all, the Italian government considered the lack of a definition of family law under EU law. It noted reference in Directive 2004/38/EC that includes ‘the partner with whom the Union citizen has contracted a registered partnership, on the basis of the legislation of a Member State, if the legislation of the host Member State treats registered partnerships as equivalent to marriage and in accordance with the conditions laid down in the relevant legislation of the host Member State’.⁷⁰

The absence of any provisions regarding same-sex couples in the Italian order causes difficulties in recognising their duties and rights. Incidentally, Art. 24 of Proposal No. 127 excludes lack of consideration in the national system of registered partnerships being used to avoid the recognition of foreign decisions about patrimonial effects, a limitation for States like Italy.

As mentioned before, the United Kingdom made no notification under Art. 3 of Protocol No. 21, annexed to TEU and TFEU, on the position of the United Kingdom and Ireland in respect of the area of freedom, security and justice. The government in its written ministerial statement of 30 June 2011 said that it would not be opting into the proposals.⁷¹ Several difficulties were identified, among them the non-existence of the concept of a matrimonial property regime (or equivalent for civil partners) under UK law. It follows that ‘if the UK was to opt in it would be more difficult for our courts to deal with all aspects of the financial provision of international couples on divorce or dissolution in cases which fall within the scope of these Proposals’.⁷²

In an impact assessment of 15 April 2011⁷³ the Ministry of Justice noted that ‘UK jurisdictions do not have a codified regime applicable to the ownership of property between a couple during marriage (a marital property regime) or the property relating to a registered partnership (in the UK a civil partnership; although Scotland does have a provision dealing with international disputes on matrimonial property). England and Wales and Northern Ireland do have regimes for resolution of property issues upon dissolution of the marriage or civil partnership, but those regimes are based on a wide redistributive discretion ranging over the entirety of the couple’s resources, and so would probably not reflect the more codified regimes in the civil law systems. Upon death of a partner or spouse, the rules which apply are

⁶⁹ Parere della 14^a Commissione permanente (Politiche dell’Unione europea), annexed to the Risoluzione della 2^a Commissione permanente (Giustizia) approved on 31 May 2011, on Proposal No. 127 (available at www.senato.it).

⁷⁰ Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States (OJ L 158, 30/04/2004, p. 77 ss.).

⁷¹ The Parliamentary Under-Secretary of State for Justice’s (Jonathan Djanogly) written ministerial statement of 30 June 2011 (available at www.parliament.uk).

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Ministry of Justice, Impact assessment on proposed European Community Regulations on matrimonial property regimes and the property consequences of registered partnerships, 15/04/2011 (available at <https://consult.justice.gov.uk>).

largely those which apply to succession in general – there is not a separate regime for spouses and partners to the regime for the rest of the estate, again, in contrast to most civil systems’.

5. The need for a uniform concept of family in law and practice.

The need for clear rules concerning which courts have jurisdiction and which law applies to property rights is evident.

Some developments towards clarity and uniformity at a substantial level can be found in the CEFL Principles on Property Relations between Spouses⁷⁴ which are intended, among other objectives mentioned in the Preamble, ‘to contribute to common European values regarding the equality of spouses’ and ‘to the harmonisation of family law in Europe and to strengthen the rights of its citizens’.

The legal consequences with respect to the different forms of union are still widespread also in relation with conflict of laws rules that negatively affect the circulation of personal status and the recognition of such relationships. In particular, it is deemed that the recognition of a registered partnership and its personal legal effects, thus allowing the continuity of personal status, could be achieved through unified conflict rules.⁷⁵ Incidentally, automatic recognition would also have the advantage of providing the legal certainty which citizens expect when they exercise their right to freedom of movement.⁷⁶ Moreover, it has been suggested that a new EU act on the law applicable to registered relationships should be drafted.⁷⁷

In conclusion, with regard to practical issues regarding property regimes it seems that more attention should be paid to the protection of fundamental rights. Clarity on the concept of family and the consequent recognition of partnerships, whatever they are, appear to be the preconditions for regulations. It seems indisputable that a uniformity in law would contribute to better management in practice.

⁷⁴ Commission on European Family Law, Principles on Property Relations between Spouses, 2013 (available at <http://ceflonline.net>).

⁷⁵ M. MELCHER, *(Mutual) recognition* cit., p. 156.

⁷⁶ Cf. Green Paper 2010. cit.

⁷⁷ M. MELCHER, *(Mutual) recognition* cit., p. 157 ss., where an outline of an EU PIL Regulation on Registered Relationships is offered.