

Interpretazione del diritto svizzero secondo il diritto europeo recepito autonomamente?

*Federica De Rossa Gisimundo**

1. Introduzione
2. La recezione autonoma del diritto comunitario da parte del legislatore svizzero
 - 2.1. Il controllo di eurocompatibilità
 - 2.2. Il programma Swisslex
 - 2.3. L'adeguamento del diritto societario
3. La recezione del diritto comunitario da parte dei tribunali e delle autorità di applicazione: l'interpretazione conforme
4. Conclusione

1. Introduzione

L'Organizzazione Mondiale del Commercio e l'Unione europea producono un qualificante effetto di graduale internazionalizzazione della legislazione svizzera anche quando la compatibilità con il diritto internazionale non è giuridicamente necessaria¹. In particolare, per quanto attiene al tema del presente contributo, è possibile constatare come, nonostante la Svizzera non sia Membro dell'Unione europea, negli ultimi decenni il

* Dr. iur., avv., Maître-assistante all'Istituto di diritto dell'Università della Svizzera italiana.

¹ Sull'argomento, si veda ad esempio CHRISTIAN BOVET, Réception du droit public économique étranger en Suisse, in: Globalisierung und nationales Wirtschaftsrecht, SJV, Referate und Mitteilungen, 2000/3, pag. 277 segg.; HEINRICH KOLLER, Globalisierung und Internationalisierung des Wirtschaftsrechts – Auswirkungen auf die nationale Gesetzgebung, in: Globalisierung und nationales Wirtschaftsrecht, SJV, Referate und Mitteilungen, 2000/3, pag. 317 segg.; RAINER J. SCHWEIZER, Wie das europäische Recht die schweizerische Rechtsordnung fundamental beeinflusst und wie die Schweiz darauf keine systematische Antwort findet, in: A. Epiney/F.Rivière (a cura di), Interprétation et application des «traités d'intégration», Zurigo 2006, pag. 23 segg.

diritto comunitario abbia esplicito un influsso rilevante sul diritto svizzero, da un lato attraverso un processo detto di «adattamento autonomo», avvenuto in maniera puntuale e volontaria, d'altro lato grazie alla conclusione di accordi internazionali, segnatamente degli Accordi bilaterali I e II conclusi con l'Unione europea^{2/3}.

L'interpenetrazione dei due ordinamenti giuridici, ancorché soltanto parziale, ma comunque sempre più estesa anche ad ambiti del diritto privato, che fino ad alcuni decenni fa erano esclusi da questa evoluzione, obbliga il giurista svizzero a familiarizzarsi con le specificità del diritto internazionale (ed in particolare comunitario) ed a prendere coscienza del fatto che tale disciplina non costituisce più un settore suscettibile di interessare solo una cerchia relativamente limitata di specialisti, ma coinvolgerà sempre più la prassi giudiziaria.

Il presente contributo si propone di illustrare, con alcuni esempi più significativi e senza pretesa di esaustività, la portata dell'influsso che il diritto dell'Unione europea esplica *indirettamente* (ovvero in funzione di un processo di adattamento autonomo, che prescinde dalla conclusione di accordi internazionali) sull'ordinamento svizzero, sia a livello legislativo (cap. 2), sia a livello giudiziario (cap. 3).

² Sugli Accordi bilaterali e sul loro contenuto si veda, per molti, MICHELE ROSSI/FULVIO CAMPELLO (a cura di), Accordi bilaterali Svizzera-Unione europea: atti della giornata di studio del 4 giugno 2007, Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi (CFPG), Lugano/Basilea 2009; CHRISTINE KADDOUS/MONIQUE JAMETTI GREINER (a cura di), Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres Accords récents, Basilea 2006; DANIEL FELDER/CHRISTINE KADDOUS (a cura di), Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires), Basilea/Ginevra/Bruxelles 2001. Sull'accordo sulla libera circolazione delle persone in particolare, cfr. ALVARO BORGHI, La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE, Commentaire article par article de l'accord du 21 juin 1999, Ginevra/Lugano/Bruxelles 2010 (citato Commentaire ALCP).

³ CHRISTINE KADDOUS, L'influence du droit communautaire dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, in: AAVV, Mélanges en l'honneur de Philippe Léger, Le droit à la mesure de l'homme, Parigi 2006, pag. 407 segg.

2. La recezione autonoma del diritto comunitario da parte del legislatore svizzero

2.1. Il controllo di eurocompatibilità

Sin dalla fine degli anni '80, il Consiglio federale aveva espresso la volontà di garantire per quanto possibile la compatibilità dell'ordinamento giuridico svizzero con quello comunitario nei settori con una dimensione transfrontaliera⁴, introducendo tra l'altro in maniera sistematica nei suoi messaggi un capitolo speciale nel quale venisse analizzata la compatibilità dei disegni legislativi con il diritto europeo⁵.

La ricerca di questo parallelismo era sin dall'inizio intesa ad evitare di creare involontariamente o senza alcuna necessità nuove discrepanze che avrebbero potuto ostacolare il riconoscimento reciproco dei differenti regimi giuridici europei. Se negli anni '90 tale strategia si iscriveva in una visione più generale volta a non precludere alla Svizzera alcuna opzione in materia di politica europea, in tempi più recenti il Consiglio federale ha espressamente sottolineato che «l'adeguamento autonomo viene perseguito laddove gli interessi economici (accresciuta competitività) lo richiedono o giustificano. (...) L'armonizzazione con il diritto comunitario avviene quindi per lo più per motivi economici onde agevolare l'accesso al mercato interno. Un altro motivo a favore dell'adeguamento è il mantenimento della competitività dell'economia svizzera, ad esempio in relazione con misure di liberalizzazione inevitabili.»⁶.

⁴ Rapporto del Consiglio federale del 24 agosto 1988 sulla posizione della Svizzera nel processo d'integrazione europea, in: FF 1988 III 209 segg., pag. 332 segg.

⁵ Art. 141 Legge federale del 13 dicembre 2002 sull'Assemblea federale (LParl; RS 171.10)

«Messaggi a sostegno di disegni di atti legislativi

1 Il Consiglio federale sottopone i suoi disegni di atti legislativi all'Assemblea federale corredandoli di un messaggio esplicativo.

2 Nel messaggio il Consiglio federale motiva il disegno di atto legislativo e, per quanto necessario, commenta le singole disposizioni. Inoltre, per quanto siano possibili indicazioni sostanziate, illustra in particolare:

a. la base giuridica, le ripercussioni sui diritti fondamentali, la compatibilità con il diritto di rango superiore e il rapporto con il diritto europeo».

⁶ Rapporto Europa 2006 del 28 giugno 2006, in: FF 2006, pag. 6226 segg., pag. 6239 seg.

Oggi, è così possibile rilevare l'assenza di un automatismo in questo processo di avvicinamento al diritto comunitario, che avviene quindi perlopiù in maniera selettiva, prevalendo in determinate circostanze considerazioni di altra natura (ad esempio, la volontà di garantire un diverso grado di protezione o valutazioni di natura economica)⁷. BAHAR qualifica questo procedimento di armonizzazione volontaria come fenomeno denominato «*cascade de réputation*»⁸, suscettibile di conferire al modello europeo un valore proprio, persino indipendente dalla qualità della norma comunitaria, nel senso che, anche ove lo standard europeo si riveli inadeguato, se la Svizzera ritiene di trarre innegabili vantaggi da una integrazione tra gli ordinamenti giuridici opta per un adattamento della propria normativa⁹.

D'altro canto, è interessante notare come in determinate situazioni il legislatore svizzero, in mancanza di alternative (come ad esempio l'introduzione di vantaggi su basi convenzionali o, *a fortiori*, l'adesione all'UE), decida di procedere ad un adattamento unilaterale della propria legislazione (significativo è ad esempio il caso dell'introduzione, senza contropartita alcuna, del principio del *Cassis-de-Dijon* nella LOTC¹⁰) valutando che gli svantaggi derivanti dalla mancata applicazione del principio fondamentale di reciprocità sono ad ogni modo minori rispetto ai vantaggi di un'applicazione unidirezionale di un determinato principio¹¹.

⁷ Cfr. SCHWEIZER, pag. 33 seg.

⁸ Che si produce quando gli attori decidono di seguire la maggioranza anche quando ha torto, poiché ritengono di ricavare un vantaggio dal fatto di conformarsi a tale comportamento: cfr. RASHID BAHAR, *Dynamique des ordres juridiques: droit comparé, cascades et effets de modes*, in: R. Trigo Trindade/H. Peter/C. Bovet (a cura di), *Economie Environnement, Ethique – De la responsabilité sociale et sociétale*, Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain, Zurigo 2009, pag. 11 segg., pag. 16, con i rif.

⁹ BAHAR, pag. 22

¹⁰ Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio del 6 ottobre 1995 (RS 946.51). Cfr. *infra*, cap. 2.2.2.

¹¹ MATTHIAS OESCH, *Die einseitige Einführung des Cassis-de-Dijon-Prinzips*, in: *Revue de l'avocat*, 11-12/2009, pag. 519 segg., pag. 520.

2.2. Il programma *Swisslex*

Sul piano legislativo, una tappa fondamentale di adattamento autonomo del diritto svizzero è costituita dal programma *Swisslex*, che, successivamente al rifiuto opposto dal popolo svizzero all'entrata nello SEE, ha ripreso il programma *Eurolex*, con l'obiettivo di rigenerare l'economia svizzera mediante la revisione, e l'adattamento ai principi internazionali, di normative nel campo del diritto della concorrenza, della protezione del consumatore, del mercato del lavoro, della formazione e della ricerca, del mercato interno svizzero, ecc.¹². In particolare, oltre alla Legge federale sul mercato interno (LMI)¹³ ed alla Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio (LOTG) che saranno in seguito illustrate in maniera più approfondita poiché ancora recentemente sono state oggetto di una revisione che ne ha rafforzato la prossimità con il diritto europeo¹⁴, il programma *Swisslex* ha ripreso tutta una serie di atti comunitari nell'ambito della protezione del consumatore, ad esempio in relazione alla responsabilità per danno da prodotti, alla regolamentazione dei viaggi «tutto compreso», al diritto di revoca in materia di contratti a domicilio ed al credito al consumo¹⁵.

Per quanto attiene a quest'ultimo tema, ad esempio, sia la Legge federale sul credito al consumo del 1993¹⁶, sia l'attuale LCC¹⁷ sono il frutto di una trasposizione fedele (in diversi casi addirittura testuale), ad eccezione di rari punti, della direttiva 87/102/CEE¹⁸, anche se nella versione attual-

¹² Cfr. il Messaggio del 24 febbraio 1993 sul programma di governo dopo il no allo SEE, in: FF 1993 I, pag. 609 segg. (citato Messaggio *Swisslex*); si veda altresì KOLLER, pag. 327 seg.

¹³ Legge federale sul mercato interno del 6 ottobre 1995 (LMI; RS 943.02)

¹⁴ Cfr. *infra*, cap. 2.2.1. e 2.2.2.

¹⁵ Cfr. nel dettaglio il Messaggio *Swisslex*.

¹⁶ Legge federale dell'8 ottobre 1993 sul credito al consumo.

¹⁷ Legge federale del 23 marzo 2001 sul credito al consumo (LCC; RS 221.214.1).

¹⁸ Direttiva 87/102/CEE relativa all'allineamento delle norme legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo. Cfr. al riguardo ad esempio XAVIER FAVRE-BULLE, La nouvelle loi fédérale sur le crédit à la consommation: présentation générale et champ d'application, in: P.-L. Insand/G. Paisant (a cura di), La nouvelle loi fédérale sur le crédit à la consommation: travaux de

mente in vigore il legislatore ha fatto uso della facoltà concessa agli Stati membri di adottare disposizioni più rigorose mettendo così in atto regolamentazione atta a tutelare maggiormente il consumatore¹⁹. Con la nuova direttiva europea del 2008²⁰, che è tra l'altro deputata a rafforzare ulteriormente la protezione dei diritti del consumatore e la trasparenza delle condizioni contrattuali creando nel contempo migliori condizioni per lo sviluppo di un mercato creditizio, la Svizzera potrebbe ora essere chiamata ad aggiornare nuovamente la propria normativa se vuole continuare ad assicurarne la compatibilità con il diritto comunitario.

Un altro interessante esempio è costituito dalla Legge federale sui cartelli (LCart)²¹ che, sin dalla sua impostazione iniziale, nel 1995, pur poggiando sulla diversa concezione del principio dell'abuso (mentre il diritto europeo si fonda sul principio del divieto)²², si è largamente ispirata al diritto della concorrenza europeo, da cui ha ripreso da un lato la classica struttura «a tre pilastri» (fondata sulla lotta contro le intese che intralciano la concorrenza, sulla lotta contro gli abusi di posizione dominante e sul controllo preventivo delle operazioni di concentrazione) e d'altro lato l'istituzione di un'autorità (la Commissione della concorrenza) dotata di competenze decisionali in relazione all'adozione di misure amministrative²³. Anche la revisione della LCart del 2003, che ha introdotto un sistema di sanzioni dirette delle pratiche anticoncorrenziali particolarmente

la demi-journée d'étude organisée le 6 mars 2002 à l'Université de Lausanne, Lozana CEDIDAC 2002, pag. 27 segg.

¹⁹ Cfr. il Messaggio concernente la modifica della legge federale sul credito al consumo del 14 dicembre 1998, in: FF 1998, pag. 2697 segg.

²⁰ Direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008 relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE.

²¹ Legge federale del 6 ottobre 1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (Legge sui cartelli, LCart; RS 251).

²² PIERRE TERCIER, in: P. Tercier/C. Bovet (a cura di), *Droit de la concurrence – Commentaire*, Ginevra/Basilea/Monaco 2002 (citato *Commentaire romand concurrence*), pag. 36 seg.

²³ Non lasciando più così al solo privato l'iniziativa di agire in giustizia civilmente. Cfr. ISABELLE CHABLOZ, *Influences du droit européen sur le droit suisse des «cartels»*, in: W. Stoffel/J. Deiss (a cura di), *La décartellisation en Suisse: influences européennes*, Friburgo 1999, pag. 23 segg., pag. 31.

nocive (cartelli rigidi e abusi di posizione dominante)²⁴ abbinato ad un programma di clemenza che prevede un cosiddetto regime di bonus per le imprese che collaborano in modo tangibile con le autorità ad individuare o ad eliminare la limitazione della concorrenza²⁵, è stata largamente condizionata dal diritto comunitario²⁶. Infine, tale interazione tra i due ordinamenti emerge altresì dalla prassi delle due autorità antitrust: si pensi ad esempio alla Comunicazione della Comco riguardante la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza²⁷ ed alla Comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza nel settore del commercio di autoveicoli²⁸, entrambe esplicitamente basate su atti comunitari²⁹; oppure alla «nuova politica della concorrenza» invalsa

-
- ²⁴ In precedenza, a differenza delle autorità antitrust estere, il potere decisionale della Comco era limitato alla competenza di vietare accordi e pratiche illeciti, senza disporre tuttavia della facoltà di sanzionare tali comportamenti, se non in caso di recidiva, caratteristica questa che di fatto privava la legge di qualsiasi effetto dissuasivo.
- ²⁵ Tale regime corrisponde al *leniency programme* della Commissione europea ed è sostanzialmente inteso d'un lato a facilitare la repressione dei cartelli che operano in modo occulto, poiché motiva le imprese che vi partecipano ad autodenunciarsi ed a collaborare alle indagini e, d'altro lato, a svolgere un ruolo di prevenzione nella lotta alle pratiche anticoncorrenziali, nella misura in cui indebolisce la lealtà e la solidarietà tra i suoi membri rendendo sempre più difficile la costituzione di cartelli rigidi.
- ²⁶ Cfr. il Messaggio del 7 novembre 2001 concernente la revisione della legge sui cartelli, in: FF 2002, pag. 1835 segg., pag. 1838 seg.
- ²⁷ Decisione della Comco del 2 luglio 2007, reperibile a partire dall'indirizzo internet <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=it>. Essa è esplicitamente fondata sul Regolamento (CE) N. 2790/1999 della Commissione del 22 dicembre 1999 relativo all'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate (GU 1999 L 336/21) nonché sulla Comunicazione della Commissione concernente le linee direttrici sulle restrizioni verticali, in: GU 2000 C 291/1.
- ²⁸ Decisione della Comco del 21 ottobre 2002, anch'essa ispirata al Regolamento (CE) n. 1400/2002 della Commissione del 31 luglio 2002 relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico, che è entrato in vigore il 1° ottobre 2002 per lo Spazio economico europeo.
- ²⁹ Al riguardo, si veda OLIVIER SCHALLER, *Influences du droit communautaire de la concurrence en Suisse: de l'inspiration à la perquisition*, in: A. Epiney/F. Rivière (a cura di), *Interprétation et application des «traités d'intégration»*, Zurigo 2006, pag. 121 segg., pag. 127.

sia a livello svizzero che nel diritto comunitario, dove si afferma la tendenza delle autorità della concorrenza ad applicare il cosiddetto «*more economic approach*», un approccio che ricorre a modelli microeconomici e a metodi di analisi quantitativi, partendo dal presupposto che essi costituiscono un valido strumento per valutare gli effetti sul mercato di pratiche che limitano la concorrenza³⁰.

2.2.1. In particolare, la recezione autonoma del principio detto del Cassis-de-Dijon nella LMI ...

Significativo esempio in tale contesto è costituito dalla Legge federale sul mercato interno (LMI). Adottata, appunto, nell'ambito del programma di rivitalizzazione dell'economia svizzera nell'intento di creare un mercato unico nazionale aprendo le frontiere intercantionali e conferendo ai cittadini un diritto giustiziabile alla eliminazione degli ostacoli intercantionali al fine di rafforzare la libertà di esercitare una professione, essa è ancora recentemente stata oggetto di una revisione che ne ha ulteriormente rafforzato la prossimità con il diritto comunitario.

La legge riprende il modello europeo basato sulla nota giurisprudenza *Cassis-de-Dijon*³¹ e fissa il principio secondo cui un'impresa con sede in

³⁰ Sul tema, si veda per molti ADRIAN KÜNZLER, *Rechtlicher Regelungsrahmen und ökonomische Analysen im Kartellrecht*, in: AJP/PJA 2008, pag. 1074 segg., con ulteriori riferimenti.

³¹ Sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral AG*, Racc. 1979, pag. 649 segg. Questa storica sentenza ha indubbiamente rappresentato il motore della liberalizzazione degli scambi intracomunitari, definendo il principio cosiddetto del *mutuo riconoscimento delle legislazioni nazionali*, secondo cui un prodotto legittimamente commercializzato in un Paese comunitario (*in casu* si trattava del liquore francese Cassis de Dijon) deve poter essere importato e commercializzato anche negli altri Stati membri e senza intralci. In altri termini, in assenza di una disciplina uniforme o armonizzata a livello comunitario, tutte le disposizioni nazionali devono ritenersi ugualmente rispettose della salute e delle esigenze del consumatore, per cui può essere applicata esclusivamente la legislazione del Paese di esportazione; deroghe a questo principio sono ammesse soltanto a condizioni restrittive, se giustificate da esigenze imperative di ordine superiore e se indistintamente applicabili a prodotti indigeni e stranieri. Da allora, tali principi sono stati costantemente concretizzati in una abbondante giurisprudenza della Corte nonché, ad esempio, in una Comunicazione interpretativa della Commissione del 4 novembre 2003 «Agevolare l'accesso di prodotti al mercato

un cantone deve poter accedere agli altri mercati cantonali allo stesso modo in cui un'impresa europea si può muovere nel quadro comunitario³².

Così, l'art. 2 cpv. 1 LMI garantisce il diritto di offrire merci, servizi e prestazioni di lavoro su tutto il territorio della Confederazione, se l'esercizio dell'attività lucrativa in questione è autorizzato nel cantone o comune di domicilio o di sede dell'offerente; pertanto, l'accesso al mercato è retto dalle prescrizioni in vigore nel luogo di provenienza di quest'ultimo³³. Tale garanzia si traduce nell'obbligo corrispondente, formulato dal cpv. 2 della medesima disposizione, rivolto alle pubbliche autorità e agli enti (pubblici e privati) preposti all'esecuzione di compiti pubblici, di adattare le loro prescrizioni e decisioni alle esigenze poste dalla legge. In altri termini, pone il principio del riconoscimento reciproco delle autorizzazioni accordate nel luogo (cantone) di provenienza e di armonizzazione delle condizioni di esercizio delle attività lucrative sottoposte alla legge³⁴.

Inizialmente, la giurisprudenza del Tribunale federale aveva interpretato in maniera restrittiva la regola generale dell'art. 2 LMI, ammettendo che tale disposizione non riguardava la libertà di stabilimento professionale in un altro cantone, ma solo la libera circolazione di merci e servizi³⁵.

di un altro Stato membro: applicazione pratica del mutuo riconoscimento», in: GU C 265/2 e nel Regolamento CE 764/2008 del 9 luglio 2008 del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce procedure relative all'applicazione di determinate regole tecniche nazionali a prodotti legalmente commercializzati in un altro Stato membro, in: GU L 218/21.

³² Cfr. ad esempio DTF 125 I 474, consid. 3. Al proposito si veda altresì KILIAN WUNDER, *Die Binnenmarktfunktion der schweizerischen Handels- und Gewerbebefreiheit im Vergleich zu den Grundfreiheiten in der Europäischen Gemeinschaft*, Basilea, 1998.

³³ Cfr., per molti, MATTEO CASSINA, *La legge federale sul mercato interno: principi fondamentali e note in merito alla giurisprudenza del Tribunale federale*, in: *RDAT I-2000*, edizione speciale, pag. 99 segg., pag. 102.

³⁴ DTF 125 I 474 consid. 3. Non contiene tuttavia un diritto a delle prestazioni positive: cfr. BIANCHI DELLA PORTA, in: *Commentaire romand concurrence*, pag. 1275.

³⁵ Così, aveva ad esempio stabilito che può prevalersi dell'art. 2 LMI colui il quale, dalla propria sede, voglia offrire merci o servizi (nella fattispecie, prestazioni di meccanico dentista) in altri cantoni, non però colui che intenda stabilirsi in un altro cantone; egli è infatti obbligato a conformarsi alle prescrizioni in vigore nel cantone

Tale interpretazione ha rallentato la mobilità e la concorrenza, creando un divario fra gli obiettivi che si poneva la legge ed i suoi effetti³⁶. Per porvi rimedio e favorire effettivamente l'esercizio individuale delle professioni, il legislatore ha quindi adeguato la LMI, prevedendo l'estensione del principio del libero accesso al mercato anche al domicilio³⁷. Così, ora, l'art. 2 cpv. 4 sancisce esplicitamente che chi esercita legittimamente un'attività lucrativa ha il diritto di stabilirsi in qualsiasi parte del territorio per l'esercizio di tale attività e di esercitarla secondo le prescrizioni del luogo del primo domicilio; concretamente, la persona interessata non sarà più tenuta a chiedere un'autorizzazione nel cantone di destinazione se la sua attività era autorizzata nel luogo del primo domicilio. Il controllo del rispetto delle prescrizioni del primo domicilio spetta all'autorità del luogo di destinazione che, se necessario, ed in conformità con l'art. 3 LMI, può subordinare l'accesso al mercato a determinati oneri³⁸.

Con il medesimo intento di facilitare la mobilità professionale, l'art. 2 cpv. 5 ha introdotto una presunzione (relativa) di equivalenza delle normative cantonali e comunali, sulla quale poggia il principio del libero accesso al mercato³⁹; l'iscrizione di tale principio nella legge, avvenuta in occasione della revisione, non comporta in realtà una modifica sostanziale del diritto (siccome la presunzione di equivalenza è deducibile già dallo scopo stesso della LMI), ma consente di darvi maggiore risalto⁴⁰.

di destinazione, siccome il principio del libero accesso si applica in materia di circolazione delle merci e dei servizi, e non al domicilio delle persone, le cui condizioni sono di competenza cantonale: DTF 125 I 276; cfr. anche DTF 125 I 322.

³⁶ Cfr. il Messaggio del 24 novembre 2004 concernente la modifica della legge federale sul mercato interno, in: FF 2004, pag. 409 segg., pag. 415 (citato: Messaggio revisione LMI).

³⁷ Cfr. Messaggio revisione LMI, pag. 417 e 425. Si noti che tra gli obiettivi della revisione vi era tra l'altro proprio quello di evitare che i cittadini svizzeri fossero penalizzati rispetto a quelli dei Paesi dell'UE: cfr. Messaggio revisione LMI, pag. 410.

³⁸ Messaggio revisione LMI, pag. 428 seg.

³⁹ L'art. 2 cpv. 5 LMI recita: «*Nell'applicazione dei principi di cui ai capoversi precedenti le normative cantonali o comunali concernenti l'accesso al mercato sono considerate equivalenti*».

⁴⁰ Cfr. ANDREAS AUER/VINCENT MARTENET, Avis de droit «*La loi sur le marché intérieur face au mandat constitutionnel de créer un espace économique unique*», in:

D'altro lato, il cpv. 6 della disposizione prevede che dal momento in cui la messa in circolazione di merci, servizi o prestazioni lavorative sul territorio svizzero è stata approvata da un cantone in virtù di una legge federale, questa autorizzazione vale per tutto il territorio svizzero⁴¹; si noti che quest'ultima disposizione non figurava nel progetto iniziale del Consiglio federale, ma è stata introdotta successivamente dal Parlamento al fine di ulteriormente concretizzare il principio del *Cassis-de-Dijon*⁴².

Il Tribunale federale ha precisato che, in base a questo sistema legislativo, di fronte ad una domanda di ammissione all'esercizio di un'attività da parte di una persona già autorizzata a svolgere la stessa in un altro cantone, occorre in primo luogo confrontare le rispettive regole di accesso al mercato. La presunzione legale dell'equivalenza ai sensi dell'art. 2 cpv. 5 LMI si riferisce alle condizioni stesse di accesso al mercato così come sono fissate dalle pertinenti disposizioni generali e astratte del diritto cantonale (o comunale) applicabile, nonché dalla relativa prassi di applicazione. Essa perderebbe il proprio senso se l'abilitazione ottenuta nel cantone di origine venisse nuovamente verificata su basi individuali dal cantone di destinazione, come se si trattasse di una nuova procedura di autorizzazione. Qualora l'esame (astratto) delle regolamentazioni cantonali conduca a confermare la loro equivalenza, non v'è più spazio per l'applicazione dell'art. 3 LMI. In queste circostanze, siccome si presume che le disposizioni del cantone di provenienza offrano già un'adeguata protezione degli interessi pubblici preponderanti, qualsiasi limitazione ulteriore dell'accesso al mercato risulta infatti a priori contraria all'art. 3 cpv. 2 lett. a LMI, secondo cui il principio di proporzionalità è violato se le prescrizioni del luogo d'origine garantiscono già una protezione sufficiente degli interessi pubblici preponderanti. Se per contro i presupposti legali per l'accesso al mercato nei due cantoni non si avverano

RPW/DPC 2004/1, pag. 277 segg., pag. 300 segg. e Messaggio revisione LMI, pag. 429.

⁴¹ Art. 2 cpv. 6 LMI: «*Se, riguardo a una merce, a un servizio o a una prestazione lavorativa, un'autorità esecutiva cantonale competente ha riconosciuto conforme al diritto federale o autorizzato l'accesso al mercato, questa sua decisione vale in tutta la Svizzera. [...]*».

⁴² Cfr. il Rapporto annuale 2005 della Commissione della concorrenza, in: RPW/DPC 2006/1, pag. 24 segg., pag. 35.

equivalenti, in una seconda fase occorre verificare se le restrizioni previste dal cantone di destinazione rispettano i requisiti dell'art. 3 LMI⁴³.

Infine, di particolare rilievo per quanto attiene al tema del presente contributo è senz'altro la questione del riconoscimento dei certificati di capacità. L'art. 4 LMI pone il principio del mutuo riconoscimento dei certificati sancendo che colui che esercita un'attività professionale soggetta ad autorizzazione ed è in possesso di un attestato cantonale o riconosciuto da un cantone deve poter esercitare su tutto il territorio svizzero; anche in questa circostanza, quindi, l'accesso al mercato è retto dalle disposizioni in vigore nel luogo di provenienza del titolare dell'autorizzazione⁴⁴. In particolare, l'art. 4 cpv. 3^{bis} LMI, introdotto in occasione della revisione, prevede che, per le attività lucrative che rientrano nel campo di applicazione dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone⁴⁵, il riconoscimento dei certificati di capacità debba essere operato conformemente a tale accordo, fatti salvi eventuali accordi intercantonali più liberali (art. 4 cpv. 4). Occorre in effetti evitare il rischio che l'applicazione dell'ALC comportasse una discriminazione dei cittadini svizzeri in relazione al riconoscimento intercantonale dei certificati rispetto ai cittadini dell'UE che intendono esercitare una professione in Svizzera. Così, grazie al recepimento della procedura di riconoscimento comunitaria, le

⁴³ DTF 135 II 12, consid. 2.4. (equivalenza ammessa per le norme grigionesi e zurighe- si che disciplinano le condizioni di autorizzazione ad esercitare la professione di psi- coterapeuta a titolo indipendente) e STF del 15 maggio 2009, 2C_844/2008, in: RtiD II-2009, n. 55 (equivalenza non ammessa per le condizioni di esercizio della profes- sione di terapeuta complementare nei cantoni di Zugo e Ticino; *in casu*, tuttavia il Tribunale federale ha avallato la conclusione della Corte cantonale secondo cui qual- siasi restrizione dell'accesso alla professione nel Cantone Ticino sarebbe stata ecces- siva alla luce dell'art. 3 LMI, ritenuta in particolare la pratica acquisita dalla richie- dente nel luogo d'origine); per un'analisi critica di questa giurisprudenza si veda il contributo di STEFANO RADZUWEIT in questo volume.

⁴⁴ Si noti tuttavia che l'applicazione del principio *Cassis-de-Dijon* in questo ambito non obbliga un cantone a tener conto della regolamentazione di altri cantoni e a ridurre in maniera corrispondente le proprie esigenze in materia quando si tratta di rilasciare una prima autorizzazione.

⁴⁵ Accordo del 21 giugno 1999 tra la Confederazione Svizzera, da una parte, e la Co- munità europea ed i suoi Stati membri, dall'altra, sulla libera circolazione delle per- sone (ALC; RS 0.142.112.681).

stesse regole dovrebbero applicarsi a livello interno ed esterno⁴⁶, anche se oggi è già riscontrabile un divario importante tra le disposizioni (statiche) dell'ALC e la successiva evoluzione del diritto dell'UE⁴⁷, segnata nel contesto del riconoscimento delle qualifiche professionali: attualmente infatti, a livello bilaterale, la procedura di riconoscimento UE è retta da diverse direttive speciali relative a singole professioni e da tre direttive generali⁴⁸, ma l'Unione europea ha nel frattempo adottato la direttiva 2005/36/CE relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali⁴⁹, che ha consolidato le 15 direttive precedentemente esistenti. Essendo entrata in vigore solo dopo la conclusione degli accordi bilaterali, essa non fa parte dell'*acquis* comunitario preso in considerazione nell'Allegato III dell'ALC relativo al riconoscimento reciproco delle qualifiche professionali. Nel giugno 2008 il Consiglio federale ha approvato l'integrazione della nuova direttiva 2005/36/CE nell'Allegato III, ma tale modifica dell'accordo deve ora essere attuata dal Comitato misto.

2.2.2. ... e nella LOTC

Anche la LOTC, che persegue il medesimo obiettivo di corroborare la concorrenza eliminando gli ostacoli tecnici al commercio⁵⁰ questa volta nei settori nei quali la Confederazione elabora prescrizioni tecniche⁵¹, intende impedire la creazione di ostacoli al commercio ed eliminare o ridurre quelli esistenti, che derivano da prescrizioni tecniche relative allo scambio di merci adottate dallo Stato⁵². Una revisione della LOTC at-

⁴⁶ Cfr. Messaggio revisione LMI, pag. 410 e 431 seg.

⁴⁷ Cfr. *infra*, cap. 4. L'adattamento agli atti di diritto comunitario entrati in vigore successivamente all'accordo non è infatti automatico, ma richiede una decisione del Comitato misto Svizzera-CE che amministra gli accordi.

⁴⁸ Messaggio revisione LMI, pag. 431.

⁴⁹ Direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, in vigore dal 20 ottobre 2007.

⁵⁰ A queste due leggi si aggiunge il Concordato intercantonale concernente l'eliminazione degli ostacoli tecnici al commercio (CIOTC, RL 11.3.4.1), che è stato ratificato anche dal Ticino: cfr. il Messaggio 30 gennaio 2001 n. 5080 del Consiglio di Stato.

⁵¹ TERCIER, in: *Commentaire romand concurrence*, pag. 1248 seg.

⁵² Per prescrizioni tecniche si intendono gli atti normativi federali, incluse le norme adottate in virtù di una delega da organismi privati, come le associazioni professio-

tualmente al vaglio del legislatore mira ad ulteriormente rafforzarne l'efficacia introducendovi esplicitamente il principio del *Cassis de Dijon*. Così, qualora per determinati prodotti che un'impresa intende immettere sul mercato svizzero valgano prescrizioni tecniche differenti da quelle svizzere ed il loro accesso al mercato non sia regolato da accordi internazionali specifici, la legge prevede che, in linea di principio, i prodotti legalmente immessi in commercio nella CE o nello SEE, quali derrate alimentari, cosmetici o tessili, possono circolare liberamente anche in Svizzera, senza ulteriori controlli⁵³. Inoltre, per evitare che le imprese svizzere siano discriminate rispetto ai concorrenti europei, la revisione concede loro il diritto di offrire anche sul mercato interno i prodotti destinati all'esportazione e fabbricati secondo prescrizioni comunitarie o di uno Stato membro della CE o dello SEE; d'altro canto, tale facoltà è concessa anche alle imprese svizzere che non esportano, le quali possono così di fatto decidere se produrre determinati beni destinati al mercato svizzero secondo le prescrizioni nazionali, comunitarie o, in caso di assente o di incompleta armonizzazione delle normative CE, secondo le prescrizioni di uno Stato membro della CE o dello SEE⁵⁴.

Questa legge costituisce uno dei più significativi esempi di applicazione autonoma ed unilaterale del principio del *Cassis-de-Dijon*, nella misura in cui essa comporta l'apertura del mercato svizzero ai prodotti provenienti dalla CE e dallo SEE senza contropartita (quindi, in spregio al fondamentale principio di reciprocità⁵⁵ che caratterizza le relazioni interna-

nali, e approvate dall'autorità federale competente: cfr. NINA MERKT-MATTHEY, in: Commentaire romand concurrence, pag. 1486 seg.

⁵³ Va tuttavia rilevato che la legge contempla numerose eccezioni all'applicazione del suddetto principio, la cui estensione è peraltro stata oggetto di accesi dibattiti parlamentari, stante il rischio che una loro quantità eccessiva potesse, di fatto, evincere il principio.

⁵⁴ Sul progetto di revisione, si veda il Messaggio del 25 giugno 2008 concernente la revisione parziale della legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio, in: FF 2008, pag. 6385 segg., nonché la documentazione reperibile a partire dal sito del Dipartimento federale dell'economia, all'indirizzo: <http://www.seco.admin.ch/themen/00513/00730/01220/index.html?lang=it>.

⁵⁵ Tuttavia, il principio del reciproco riconoscimento degli esami di conformità svolti sia in Svizzera che nell'UE è garantito per le categorie di prodotti contemplati nell'Accordo del 21 giugno 1999 tra la Confederazione Svizzera e la Comunità euro-

zionali, senza ad esempio consentire ai prodotti svizzeri fabbricati secondo prescrizioni differenti da quelle comunitarie di circolare liberamente sul mercato comunitario)^{56/57} Il legislatore ha consapevolmente accettato lo svantaggio legato all'applicazione unilaterale del principio ritenendo che esso fosse ad ogni modo ampiamente compensato dagli effetti positivi delle misure sulla politica di crescita economica (segnatamente grazie ad un miglioramento dell'accesso al mercato svizzero per i prodotti importati dall'UE, ad un calo dei prezzi per il consumatore ed all'intensificazione della concorrenza sul mercato svizzero).

2.3. *L'adeguamento del diritto societario*

Più recentemente, è possibile constatare una forte influenza del diritto comunitario anche sul diritto societario. Al di là della regolamentazione applicabile alle società quotate, che per la natura internazionale dei mercati finanziari non può sottrarsi alle esigenze poste a livello internazionale⁵⁸, ad esempio per quanto attiene alla presentazione dei conti⁵⁹, anche

pea sul reciproco riconoscimento in materia di valutazione della conformità (RS 0.946.526.81).

⁵⁶ Sul tema, si veda il contributo di OESCH, pag. 519 segg.

⁵⁷ Si noti che una parte della dottrina sosteneva che l'applicazione del principio di reciprocità nei confronti dei prodotti provenienti dall'UE avrebbe potuto essere desunta già dall'interpretazione dell'Accordo di libero scambio del 22 luglio 1972 tra la Confederazione Svizzera e la Comunità economica europea (ALS; RS 0.632.401) senza che fosse necessario creare una base legale esplicita nella LOTC; in particolare si sarebbe trattato di interpretare l'art. 13 ALS conformemente alla giurisprudenza della CGCE, essendo questa disposizione formulata in maniera identica alla disposizione del diritto comunitario sulla quale si basa la nota giurisprudenza *Cassis-de-Dijon* (art. 34 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), ex art. 28 TCE). Cfr. ANDREAS KELLERHALS/TOBIAS BAUMGARTNER, Das «Cassis de Dijon»-Prinzip und die Schweiz, in: SJZ 102 (2006), pag. 321 segg.; critico al riguardo, con riferimento alla restrittiva giurisprudenza del Tribunale federale sull'applicazione dell'Accordo, OESCH, pag. 520.

⁵⁸ L'art. 8 cpv. 3 LBVM sancisce significativamente che il regolamento sull'ammissione dei valori mobiliari al commercio emanato dalla borsa deve tener conto degli standard riconosciuti a livello internazionale.

⁵⁹ Dove trovano sempre maggiore applicazione le norme IFRS (*International Financial Reporting Standards*), i *Generally Accepted Accounting Principles* degli Stati Uniti (GAAP) e le Raccomandazioni relative alla presentazione dei conti (denominate *Swiss GAAP RPC*); cfr. ad esempio gli art. 49-51 del Regolamento di ammissione

le disposizioni del codice delle obbligazioni saranno oggetto di modifiche sostanziali, dettate tra l'altro dalla volontà del legislatore di adeguare il diritto svizzero a quello europeo.

La revisione del diritto societario attualmente al vaglio del legislatore parte in effetti dal presupposto che, sebbene la Svizzera non abbia alcun obbligo di recepire il diritto derivato comunitario in materia di diritto societario e contabile, un'evoluzione del tutto autonoma sarebbe comunque problematica; pertanto, pur evitando di recepire alcune disposizioni specifiche o discostandosi volontariamente da altre considerate inadeguate dal profilo materiale, il disegno si adegua in molte parti al diritto europeo⁶⁰. È il caso principalmente, delle disposizioni intese a modernizzare le modalità d'esercizio dei diritti degli azionisti, al fine di agevolare la partecipazione all'assemblea generale di azionisti residenti in località lontane, rafforzando così anche il ruolo dell'assemblea generale nel processo decisionale dell'impresa nell'ottica di un miglioramento del governo di impresa (*corporate governance*)⁶¹: si tratta in particolare dell'introduzione della possibilità di convocare l'assemblea per via elettronica e di inviare la relativa documentazione per e-mail, della possibilità di tenere l'assemblea generale contemporaneamente in più luoghi diffondendo in diretta audiovisiva tutti gli interventi dei partecipanti o addirittura, a determinate condizioni, di prevedere lo svolgimento dell'assemblea esclusivamente per via elettronica (*cyberassemblea*). Al fine di tutelare adeguatamente i diritti fondamentali degli azionisti in relazione alla partecipazione all'assemblea generale, la revisione prevede tuttavia, nella maggior parte dei casi, che l'utilizzo dei moderni mezzi di comunicazione

alla Borsa svizzera (SWX Swiss Exchange), con la relativa Direttiva concernente la presentazione dei conti, reperibili a partire dall'indirizzo internet http://www.six-exchange-regulation.com/obligations/financial_reporting_fr.html.

⁶⁰ Cfr. il Messaggio del 21 dicembre 2007 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima e diritto contabile; adeguamento del diritto della società in nome collettivo, della società in accomandita, della società a garanzia limitata, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali), in: FF 2008, pag. 1321 segg., pag. 1360 (citato Messaggio SA).

⁶¹ Che riprendono parzialmente la direttiva 2007/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 relativa all'esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate.

elettronica presuppone il consenso di tutti gli azionisti, non essendo possibile obbligare tutti gli azionisti a disporre e ad avere l'adeguata padronanza di tali strumenti⁶².

Il Messaggio⁶³ sottolinea altresì che diverse nuove norme relative alla struttura del capitale azionario e ad una sua maggiore flessibilizzazione sono state riprese dalla direttiva 77/91/CE⁶⁴, anche se occorre osservare che mentre il diritto svizzero cerca di armonizzare le proprie disposizioni con il diritto comunitario, l'ulteriore evoluzione di questo ha portato all'emanazione di una nuova direttiva intesa a modernizzare e semplificare il regime istaurato dalla precedente⁶⁵ arrischiando così di rendere la revisione del diritto societario su questi aspetti già superata prima della sua entrata in vigore⁶⁶.

Sempre in questo ambito è infine interessante notare come la conclusione degli Accordi bilaterali abbia indotto il legislatore a modificare anche le disposizioni del diritto societario che ponevano requisiti in materia di nazionalità e di domicilio per i membri degli organi della società anonima⁶⁷ e che, pur non essendo direttamente state evocate nel contesto della

⁶² Cfr. al riguardo il Messaggio SA, pag. 1352 seg. e 1360 seg. Su diversi punti, la revisione del diritto societario svizzero si mostra quindi più severa rispetto alla direttiva comunitaria, nell'intento di offrire maggiore protezione agli azionisti minoritari.

⁶³ Messaggio SA, pag. 1362 seg.

⁶⁴ Seconda direttiva 77/91/CE del Consiglio, del 13 dicembre 1976, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati Membri, alle società di cui all'articolo 58, secondo comma, del Trattato, per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi per quanto riguarda la costituzione della società per azioni, nonché la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale della stessa.

⁶⁵ Direttiva 2006/68/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 settembre 2006, che modifica la direttiva 77/91/CEE del Consiglio relativamente alla costituzione delle società per azioni nonché alla salvaguardia e alle modificazioni del loro capitale sociale, in: GU L 264 del 25 settembre 2006, pag. 32 segg. Si noti inoltre che attualmente sono al vaglio della Commissione europea i risultati di uno studio di fattibilità in merito ad un'alternativa al regime del capitale sociale: cfr. http://ec.europa.eu/internal_market/company/capital/index_fr.htm.

⁶⁶ Al riguardo, si veda anche il contributo di RASHID BAHAR, *Le capital social: à quand la révolution? Questions choisies autour des révisions des règles sur le capital*, in: RDS 2009 I/3, pag. 253 segg.

⁶⁷ Il previgente art.708 CO esigeva infatti che, salvo eccezioni, la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione fosse domiciliata in Svizzera e avesse la cittadinanza svizzera.

conclusione dei bilaterali, erano successivamente apparse incompatibili con il principio di non discriminazione fondata sulla nazionalità sancito dall'ALC⁶⁸. Così, il nuovo art. 718 cpv. 4 CO (in vigore dal 1. gennaio 2008) prevede che la società deve poter essere rappresentata da una persona domiciliata in Svizzera; tale requisito può essere adempiuto da un amministratore o da un direttore⁶⁹. La disposizione abbandona completamente il requisito della cittadinanza svizzera mentre riduce l'esigenza di domicilio in Svizzera ad una sola persona, al fine di mantenere un «collegamento personale con società in Svizzera, nell'interesse della trasparenza delle relazioni dell'impresa e per assicurare alla società le notificazioni previste dalla legge»⁷⁰. Come opportunamente rilevato da BORGHI/CORNU⁷¹, sebbene tale soluzione vada nella direzione auspicata dall'Accordo bilaterale, occorre chiedersi se essa sia effettivamente totalmente compatibile con gli impegni assunti dalla Svizzera in tale contesto, alla luce del divieto di discriminazioni in base alla nazionalità che ne costituisce il principio fondamentale: in effetti, la Corte di Giustizia ha finora ammesso che l'imposizione di un simile obbligo di residenza per il gestore di un'impresa è suscettibile di costituire una discriminazione indiretta fondata sulla cittadinanza poiché, siccome nella maggior parte dei casi i non residenti sono cittadini di altri Stati, il criterio della residenza rischia di operare principalmente a danno dei cittadini degli altri Stati membri. Una simile esigenza potrebbe essere giustificata unicamente se si fondasse su considerazioni oggettive indipendenti dalla nazionalità della persona interessata e proporzionali allo scopo legittima-

⁶⁸ Cfr. l'art. 2 e l'art. 7 lett. a ALC.

⁶⁹ Analoga soluzione è stata adottata per i revisori ed i liquidatori della SA, nonché per la società a garanzia limitata e per la società cooperativa.

⁷⁰ Messaggio del 19 dicembre 2001 concernente una revisione del Codice delle obbligazioni (Diritto della società a garanzia limitata; adeguamento del diritto della società anonima, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali), in: FF 2002, pag. 2841 segg., pag. 2904 e 2916.
Al proposito, si veda ALVARO BORGHI/ANNE CORNU, Libre circulation des personnes et exigences de nationalité et de domicile en droit suisse des sociétés, in: AJP/PJA 2007, pag. 947 segg., pag. 953 segg., nonché OLIVIER MACH, Les accords bilatéraux avec la CE: opportunité et défi pour le juriste suisse, in: SJ 2002 II 325, pag. 380 segg.

⁷¹ BORGHI/CORNU, pag. 951 segg.

mente perseguito dalla legislazione nazionale. Nel concreto caso, la Corte aveva considerato inammissibili le argomentazioni dello Stato membro secondo cui tale esigenza sarebbe stata motivata dalla necessità di garantire la possibilità di notificare ed eseguire eventuali sanzioni pecuniarie comminate al gestore e, d'altro canto, di garantire che il gestore sia effettivamente attivo nella società⁷².

3. La recezione del diritto comunitario da parte dei tribunali e delle autorità di applicazione: l'interpretazione conforme

La giurisprudenza della CGCE sembra a prima vista dover svolgere un ruolo limitato per il giudice svizzero, ritenuto che la Svizzera non soggiace (negli ambiti che esulano da quelli riguardanti accordi bilaterali) ad alcun obbligo di trasposizione del diritto derivato nel diritto nazionale. Nondimeno, la questione si pone laddove il legislatore svizzero abbia inteso armonizzare spontaneamente il proprio diritto a quello comunitario, recependo così non soltanto il testo letterale della normativa in questione, bensì anche lo spirito e gli obiettivi.

La portata della giurisprudenza comunitaria per il giudice svizzero è stata affrontata a più riprese in relazione all'applicazione dell'art. 333 CO, che disciplina il trasferimento del rapporto di lavoro in caso di trasferimento d'azienda ed era stato modificato nel 1993, nel quadro del programma *Swisslex* al fine di adattare il diritto svizzero alla direttiva europea 77/187/CEE⁷³.

Già negli anni '90, in una sentenza non pubblicata, l'alta Corte aveva sottolineato che l'interpretazione della nozione di «trasferimento d'azienda» ai sensi della suddetta disposizione deve orientarsi secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee⁷⁴; il medesimo

⁷² Sentenza della CGCE del 7 maggio 1998, *Clean Car Autoservice*, causa C-1996/350.

⁷³ Direttiva 77/187/CEE del Consiglio, del 14 febbraio 1977, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti

⁷⁴ Sentenza citata in RJN 2001, pag. 100 segg., pag. 112.

principio era stato applicato a livello cantonale, ad esempio dalla Corte di cassazione del Canton Neuchâtel che aveva interpretato la disposizione in funzione della giurisprudenza della CGCE in materia, osservando tra l'altro appunto che «*c'est dans le cadre de Swisslex que l'article 333 CO a été modifié, afin de rapprocher la législation interne relative aux transferts d'entreprise de l'acquis communautaire*»⁷⁵.

In una sentenza di principio del 2003⁷⁶, il Tribunale federale ha poi chiarito che, malgrado il diritto dell'UE non espliciti alcun effetto diretto e vincolante sul diritto svizzero, trattandosi di una normativa adottata (o modificata) nel contesto di un processo di adattamento autonomo al diritto europeo, l'ordinamento comunitario può fungere da «*Auslegungshilfe*». I giudici hanno sottolineato che, «in caso di dubbio», il diritto interno adattato deve essere interpretato in maniera conforme al diritto comunitario, «nella misura in cui la metodologia giuridica svizzera permetta una tale armonizzazione»⁷⁷. L'adattamento in relazione all'applicazione del diritto non deve orientarsi unicamente in funzione del diritto europeo in vigore al momento dell'adozione del diritto interno; occorre altresì prendere in considerazione l'evoluzione dell'ordinamento giuridico con il quale si vuole garantire l'armonizzazione⁷⁸. Sulla base di tali considerazioni, per interpretare l'art. 333 cpv. 3 CO, il Tribunale fede-

⁷⁵ Sentenza della Corte di cassazione civile (NE) del 27 agosto 2001 *in re G.*, in: RJN 2001, pag. 100 segg., con nota critica di THOMAS PROBST.

⁷⁶ DTF 129 III 335; JdT 2003 II 75. Su questo tema, con un'analisi approfondita della sentenza e delle possibili conseguenze di tale giurisprudenza, cfr. LAURENT BIERI, *L'application du droit privé suisse reprenant de manière autonome des directives communautaires*, in: AJP/PJA 2007, pag. 708 segg.; EMMANUEL PIAGET, *L'influence de la jurisprudence communautaire sur l'interprétation des lois suisses relatives à la propriété intellectuelle: argument contraignant ou simple aide à l'interprétation?*, in: sic! 2006, pag. 727 segg.; THOMAS PROBST, *La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes: un nouveau défi pour la pratique juridique en droit privé suisse*, in: RJN 2004, pag. 14 segg.

⁷⁷ «*Es ist harmonisiertes Recht und als solches im Ergebnis – wie das Staatsvertragsrecht – Einheitsrecht. Zwar ist es nicht Einheitsrecht in Form von vereinheitlichem Recht. Wird aber die schweizerische Ordnung einer ausländischen – hier der europäischen – angeglichen, ist die Harmonisierung nicht nur in der Rechtssetzung, sondern namentlich auch in der Auslegung und Anwendung des Rechts anzustreben, soweit die binnenstaatlich zu beachtende Methodologie eine solche Angleichung zulässt*».

⁷⁸ DTF 129 III 335, consid. 6.

rale ha pertanto preso in considerazione una direttiva⁷⁹ adottata successivamente alla modifica della disposizione in questione.

Questa giurisprudenza è stata ancora confermata in seguito⁸⁰, anche se più recentemente il Tribunale federale sembra aver rinunciato ad evocare la necessità dell'esistenza di un dubbio per poter procedere ad un'interpretazione conforme al diritto europeo, rilevando semplicemente che occorre «prendere in considerazione» il diritto comunitario (e la sua evoluzione) per interpretare un testo normativo adattato⁸¹.

È interessante notare come il Tribunale federale abbia formulato analoghe considerazioni anche in sentenze relative all'applicazione di leggi che non rientravano direttamente nel progetto *Swisslex*, ad esempio nel contesto delle nuove leggi intese ad aprire alla concorrenza i settori dei servizi industriali storicamente attribuiti a monopoli statali (telecomunicazioni, trasporti, servizi postali, mercato dell'elettricità, ecc.), dove è riscontrabile una generalizzata tendenza all'armonizzazione con le politi-

⁷⁹ Direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, in: GU L 82 del 22.3.2001, pag. 16 segg.

⁸⁰ DTF 130 III 182, in relazione all'interpretazione della Legge federale concernente i viaggi «tutto compreso».

⁸¹ DTF 132 III 32, consid. 4. (in relazione all'interpretazione dell'art. 333 cpv. 1 CO) e DTF 133 III 81 (art. 4 della Legge federale sulla responsabilità per danno da prodotti). L'esigenza di un «dubbio» per poter giustificare un'interpretazione conforme al diritto comunitario era stata anche criticata dalla dottrina, che aveva rilevato il rischio insito in tale formula di confondere l'interpretazione conforme al diritto superiore con l'interpretazione conforme al diritto comunitario in caso di armonizzazione autonoma, che in realtà costituiscono due procedimenti distinti poiché, nel secondo caso, il diritto comunitario non rappresenta un diritto superiore, bensì un ordinamento giuridico distinto. Secondo BIERI, pag. 714, se l'interpretazione conforme al diritto superiore deve intervenire solo qualora il giudice, dopo aver interpretato la legge secondo i metodi usuali, abbia ancora un dubbio in relazione alla volontà del legislatore (cfr. ad es. DTF 130 II 65, consid. 4.2.), quella conforme al diritto comunitario interviene già allo stadio anteriore, ovvero al momento in cui il giudice si appresta a stabilire tale volontà.

Critiche in relazione alla scarsa chiarezza della giurisprudenza istaurata con la DTF 129 III 335, soprattutto per quanto attiene alla questione della portata metodologica dell'interpretazione conforme al diritto europeo, sono state formulate anche da PIAGET, pag. 737 e PROBST, pag. 36 segg.

che di liberalizzazione avviate dall'UE all'inizio degli anni '90⁸². Così, l'Alta Corte, dovendosi determinare sull'esistenza (poi negata) di un diritto specifico di un operatore al rilascio di una concessione per l'offerta di servizi di telecomunicazione nel settore della telefonia mobile, ha analizzato se questo potesse essere dedotto tra l'altro da un'interpretazione della Legge federale sulle telecomunicazioni (LTC) alla luce dei principi stabiliti dal diritto dell'Unione europea. Anche in questo caso, ha al riguardo rilevato che, pur non esplicando alcun effetto diretto sul diritto svizzero, l'ordinamento europeo può essere preso in considerazione come un aiuto all'interpretazione («*Auslegungshilfe*») siccome la revisione della LTC perseguiva tra l'altro l'obiettivo di un adeguamento alla politica europea di apertura del mercato⁸³. Questo ragionamento ha successivamente ancora trovato conferma nella nota sentenza *Commcare* dove il Tribunale federale ha stabilito che sulla base della disposizione allora vigente (art. 11 LTC) non era possibile obbligare Swisscom a rendere accessibili delle linee affittate ad altri fornitori a prezzi stabiliti in funzione dei costi (cosiddetto obbligo di interconnessione), siccome essa non costituiva una base legale sufficiente⁸⁴, e ciò nemmeno interpretando la legge alla luce della normativa comunitaria recepita autonomamente dal diritto nazionale^{85/86}.

⁸² Cfr. ad esempio il Messaggio concernente la revisione della legge sulle telecomunicazioni (LTC) del 10 giugno 1996, in: FF 1996 III, pag. 1297 segg. ed il Messaggio concernente la nuova legge sulle poste (LPO) del 10 giugno 1996, in: FF 1996 III, pag. 1141 segg.

⁸³ DTF 125 II 293, consid. 4 e).

⁸⁴ STF del 3 ottobre 2001, 2A.503/2000 (*Commcare AG/Swisscom e Commissione delle comunicazioni*), consid. 5 a).

⁸⁵ Segnatamente le direttive 92/44/CEE del Consiglio, del 5 giugno 1992, sull'applicazione della fornitura di una rete aperta (Open Network Provision-ONP) alle linee affittate e 97/33/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 1997 sull'interconnessione nel settore delle telecomunicazioni e finalizzata a garantire il servizio universale e l'interoperabilità attraverso l'applicazione dei principi di fornitura di una rete aperta (ONP), nonché la Comunicazione della Commissione del 23 settembre 2000 relativa all'accesso disaggregato all'anello locale: consentire la fornitura concorrenziale di una gamma completa dei servizi di comunicazioni elettroniche, in particolare dei servizi multimediali a larga banda e di Internet ad alta velocità (2000/C 272/10), in: GU C 272/55.

⁸⁶ STF cit., consid. 9b), ancora confermata in DTF 131 II 13 (dove il TF ha negato

Un'interessante apertura intesa a garantire un'adeguata interazione tra gli ordinamenti internazionali (OMC e UE) e quello nazionale (o addirittura cantonale) è poi ravvisabile anche nell'ambito della legislazione in materia di appalti pubblici, dove la giurisprudenza ammette generalmente che, al di fuori del campo di applicazione dello specifico Accordo bilaterale⁸⁷, benché non siano giuridicamente vincolanti per le autorità di applicazione svizzere, la normativa europea in materia di appalti e la relativa giurisprudenza della Corte di giustizia vengano consultate quali fonti di ispirazione («*Inspirationsquelle*») al fine di assicurare una certa unitarietà tra il diritto comunitario e quello svizzero⁸⁸.

Al riguardo, il diritto derivato europeo potrebbe in futuro esplicitare un'influenza anche nell'ambito dell'applicazione dell'art. 2 cpv. 7 LMI, che ha introdotto nella legge il principio secondo cui il trasferimento a privati di attività rientranti in monopoli cantonali o comunali si svolge su concorso e non deve discriminare le persone con domicilio o sede in Svizzera. La disposizione obbliga le autorità cantonali e comunali a mettere pubblicamente a concorso⁸⁹ le attività afferenti ad un loro mono-

l'esistenza di una base legale sufficientemente precisa per stabilire un obbligo di interconnessione alla rete locale (il cosiddetto «ultimo miglio») mediante un'ordinanza del Consiglio federale), consid. 8.2.: «*Einen individualrechtlichen Anspruch auf Entbündelung lässt sich für die Schweiz aus dem Recht der Europäischen Union nicht ableiten*».

⁸⁷ Accordo del 21 giugno 1999 tra la Confederazione Svizzera e la Comunità europea su alcuni aspetti relativi agli appalti pubblici (RS 0.172.052.68).

⁸⁸ Cfr. ad esempio la sentenza del Tribunale amministrativo zurighese dell'8 aprile 2009, n. VB.2008.00194, consid. 3.5., con numerosi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

⁸⁹ Le modalità dei concorsi evocati dall'art. 2 cpv. 7 LMI sono definite dalle autorità competenti, che possono applicare per analogia le norme concernenti l'aggiudicazione delle commesse pubbliche (cfr. il Messaggio revisione LMI, pag. 430). Al riguardo, il Tribunale federale ha recentemente affermato, in un *obiter dictum*, che la procedura del concorso alla quale fa riferimento la disposizione non comporta l'applicazione automatica dell'insieme delle norme in materia di commesse pubbliche, ma semmai unicamente l'applicazione di garanzie procedurali minime analoghe a quelle enunciate all'art. 9 cpv. 1 e 2 LMI in relazione ai rimedi giuridici (DTF 135 II 49, consid. 4.1.); nel concreto caso, il Tribunale federale ha tuttavia lasciato indecisa la questione dell'applicabilità dell'art. 2 cpv. 7 LMI al rilascio di una concessione d'affissione su suolo pubblico, siccome la precisazione della giurisprudenza riguardo alla definizione di commessa pubblica ha reso applicabile la relativa legislazione. Al

polio che esse rinunciano a svolgere e trasferiscono a privati. Tale obbligo riguarda in particolare le concessioni per l'uso del suolo pubblico (ad esempio per l'affissione pubblicitaria) e le concessioni di servizio pubblico (ad esempio, la raccolta di rifiuti); per contro, non si applica al disciplinamento dell'uso accresciuto del suolo pubblico da parte di privati (segnatamente in relazione a manifestazioni o stand espositivi), per il quale è sufficiente una semplice autorizzazione⁹⁰. La prassi permetterà inoltre di chiarire a quali condizioni il trasferimento di un monopolio ad un'impresa mista possa ricadere nel campo di applicazione della norma; al riguardo, vi è da ritenere che le autorità di applicazione possano largamente ispirarsi alla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee in materia di appalti cosiddetti *in-house*, che ha ad esempio stabilito che il principio di parità di trattamento impone l'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici dal momento in cui una società privata è associata all'ente pubblico nella gestione di un monopolio, anche solo con una partecipazione minoritaria, al fine di evitare che essa benefici di un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti⁹¹.

4. Conclusione

Come visto, il diritto comunitario esplica un influsso crescente anche sull'ordinamento giuridico di uno Stato che, come la Svizzera, non appartiene all'Unione europea. Al di là dell'influenza diretta determinata dalla conclusione di accordi internazionali come gli Accordi bilaterali conclusi tra la Svizzera e l'UE, che hanno permesso di rendere applicabili interi ambiti del diritto comunitario, un processo di armonizzazione autonoma è iniziato già negli anni '90 con l'introduzione del principio del controllo di compatibilità con il diritto europeo dei nuovi atti norma-

riguardo, si veda altresì la nota di DENIS ESSEIVA alla sentenza, in: BR/DC 2009, pag. 73 seg.

⁹⁰ DENIS ESSEIVA, *Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'art. 2 al. 7 LMI*, in: BR/DC 2006, pag. 203 segg. (citato Art. 2 al. 7 LMI), pag. 203.

⁹¹ Sentenza della CGCE dell'11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*; cfr., al riguardo, ESSEIVA, Art. 2 al. 7 LMI, pag. 203.

tivi ed è stato successivamente sensibilmente rafforzato grazie al progetto *Swisslex*.

D'altro canto, anche la giurisprudenza relativa all'interpretazione conforme al diritto comunitario analizzata in questo contributo costituisce senz'altro un prezioso strumento di armonizzazione e adeguamento crescente della legislazione svizzera a quella comunitaria.

È pur vero che l'apertura mostrata dal Tribunale federale nelle sentenze esaminate va relativizzata da più punti di vista: innanzitutto, il diritto comunitario rappresenta un semplice ausilio all'interpretazione, non potendo per contro essergli attribuita la medesima importanza dei metodi classici di interpretazione della legge⁹². Secondariamente, questa giurisprudenza è stata resa principalmente in sentenze relative all'interpretazione di una normativa appartenente al pacchetto *Swisslex*, dove la volontà del legislatore di assicurare l'eurocompatibilità del diritto svizzero in maniera dinamica era esplicita, ma la sua portata in relazione ad altri ambiti del diritto dove il legislatore ha inteso, in maniera meno vincolante, semplicemente «ispirarsi» al diritto europeo oppure «armonizzare» l'ordinamento svizzero a quello comunitario, deve ancora essere chiarita. Una parte della dottrina ha avanzato al riguardo l'ipotesi che il Tribunale federale abbia voluto affrontare la questione dell'influenza del diritto comunitario sul diritto svizzero redigendo «*un arrêt exploratoire destiné à ouvrir un large débat sur le rapport existant entre le droit suisse et le droit communautaire*», anche perché il suddetto principio è stato esposto in un *obiter dictum* che non ha avuto, di fatto, un influsso decisivo sull'esito della causa⁹³.

È tuttavia innegabile che, malgrado le riserve evocate, l'interpretazione conforme al diritto europeo (facendovi ricorso se non come argomento vincolante, perlomeno come ausilio all'interpretazione) sia destinata in

⁹² La dottrina ha comunque a più riprese sottolineato la necessità che il Tribunale federale chiarisca la portata dell'interpretazione conforme dal profilo metodologico, in particolare il significato della precisazione secondo cui occorre ricorrere all'interpretazione conforme al diritto comunitario solo «in caso di dubbio» e «nella misura in cui la metodologia giuridica svizzera lo permetta»: cfr. *supra*, cap. 3.

⁹³ Cfr. PROBST, pag. 38 e PIAGET, pag. 735.

futuro ad assumere un ruolo sempre più centrale in un ordinamento che, pur volendo mantenere la propria autonomia in relazione a determinate peculiarità, non può più sottrarsi al processo di integrazione e di armonizzazione con quello europeo.

Tale giurisprudenza è tanto più interessante per il fatto che, imponendo (o perlomeno permettendo), anche se finora solo in ambiti limitati del diritto, un'interpretazione dinamica del diritto svizzero adattato al diritto comunitario, sembra poter costituire lo strumento appropriato per permettere di superare l'arresto creatosi tra la natura statica dell'armonizzazione del diritto svizzero ed un diritto (derivato) europeo che è invece in costante evoluzione.

In effetti, il principale inconveniente nel contesto della cosiddetta europeizzazione del diritto svizzero risiede nella particolarità che tale processo possiede, di regola, un carattere statico (nel senso che intende assicurare la compatibilità della normativa con il diritto in vigore al momento dell'adozione di quest'ultima), che appare difficilmente conciliabile con la dinamicità dello sviluppo della legislazione e della giurisprudenza comunitarie⁹⁴. Un esempio emblematico di tale staticità è costituito proprio dall'ALC che non implica per la Svizzera la ripresa automatica degli sviluppi ulteriori dell'*acquis communautaire*, ma si fonda unicamente sul diritto in vigore al momento della sua conclusione⁹⁵. Per quanto attiene poi all'applicazione dell'accordo, l'art. 16 § 2 ALC prevede che, nella misura in cui essa implica nozioni di diritto comunitario, si tiene conto della giurisprudenza della Corte di giustizia resa fino al momento della conclusione dell'accordo; la giurisprudenza successiva viene ad ogni modo (ma soltanto) comunicata alla Svizzera e il Comitato misto, nelle forme previste all'art. 16 § 2 *in fine*, è competente per determinare le sue implicazioni⁹⁶. Riguardo a questa norma, che in realtà non stabilisce

⁹⁴ SCHWEIZER, pag. 38 seg. e, nello stesso senso, KADDOUS, pag. 422.

⁹⁵ Fatte salve le procedure di informazione e di consultazione istituite in seno al Comitato misto responsabile della gestione e della corretta applicazione dell'Accordo (art. 14 ALC), qualora una delle parti intenda modificare la propria normativa interna (cfr. gli art. 14 § 3, 16, 17 e 18 ALC).

⁹⁶ Per un commento alla disposizione si veda BORGHI, Commentaire ALCP, n. 619 segg. ad art. 16

nulla in relazione alla condotta che deve adottare la Svizzera nei confronti della giurisprudenza posteriore alla conclusione dell'Accordo, non prevedendo nemmeno un obbligo morale o politico di assicurare un'applicazione omogenea della libertà di circolazione, sin dall'inizio la dottrina ha rilevato l'opportunità di prendere comunque in considerazione gli sviluppi giurisprudenziali ulteriori⁹⁷. Nella sua costante giurisprudenza, il Tribunale federale si è limitato a precisare che sentenze rese posteriormente al 21 giugno 1999 possono comunque essere utilizzate ai fini interpretativi dell'ALC, soprattutto se si limitano a precisare una giurisprudenza precedente⁹⁸. Non sempre risulta tuttavia evidente differenziare tra giurisprudenza anteriore e posteriore, ad esempio nei casi in cui la Corte, riprendendo in una nuova sentenza principi precedentemente definiti, li precisa ma conferendo loro carattere di novità⁹⁹. D'altra parte, in una sentenza più recente, i giudici hanno invece lasciato indecisa la questione destinata a chiarire in che misura dovrà essere preso in considerazione un cambiamento di giurisprudenza operato dalla CGCE in relazione all'interpretazione (anche) di un regolamento ripreso dagli Accordi bilaterali¹⁰⁰.

Ad ogni modo, la crescente e diffusa interdipendenza tra l'ordinamento svizzero e quello europeo, segnata mediante il recepimento del diritto comunitario nella legislazione nazionale, sia attraverso accordi bilaterali, sia in maniera autonoma, è destinato a proseguire, se la Svizzera non vuole pagare il prezzo di un eccessivo isolamento. Questa evoluzione costituisce senza dubbio una nuova sfida per il giurista svizzero, al

⁹⁷ Cfr. BORGHI, Commentaire ALCP, n. 652 segg., con riferimenti alla dottrina ed alla presa di posizione del Consiglio federale che, in tal senso, aveva dichiarato che «Per l'applicazione degli accordi è comunque nell'interesse stesso della Svizzera tenere conto anche della giurisprudenza posteriore alla data della firma.» (Rapporto Europa 2006, pag. 6256). Su questo tema, si veda anche ALDO BORELLA/LUCA GRISANTI, La rilevanza della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee per il giudice svizzero nell'applicazione dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone, in: G. Corti/M. Mini/J. Noseda/M. Postizzi (a cura di), Diritto senza devianza, Studi in onore di Marco Borghi, Bellinzona/Basilea 2006, pag. 205 segg.

⁹⁸ DTF 132 V 423, consid. 9.2.; 132 V 53, consid. 2 e 130 II 113, consid. 5.2.

⁹⁹ Per un esempio, si veda DTF 132 V 423, consid. 9.3. e 9.4.

¹⁰⁰ DTF 135 II 369, consid. 2.

quale sempre più sovente sarà chiesto di conoscere anche il complesso insieme di fonti del diritto comunitario e la loro costante evoluzione.